

THÈSE DE
PARIS.

1889

N^o. 68

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE

DE LA

STIPULATION DE PEINE

DROIT FRANÇAIS

DE

L'INVIOLABILITÉ
DU DOMICILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

EDOUARD LACAZE

JUGE SUPPLÉANT A CHATEAULIN

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE

DE LA

STIPULATION DE PEINE

DROIT FRANÇAIS

DE

L'INVIOLABILITÉ
DU DOMICILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 14 Mars 1889, à 2 heures 1/2 du soir

PAR

EDOUARD LACAZE

JUGE SUPPLÉANT A CHATEAULIN

Président : M. JALABERT.

Suffragants { MM. DESJARDINS, } *professeurs.*
 { ESMEIN, }
 Léon MICHEL, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889

**La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE

DE LA

STIPULATION DE PEINE

INTRODUCTION

Dans aucune législation, la stipulation de peine n'a joué un rôle aussi important que dans la législation romaine. Nous en trouvons la preuve dans le Digeste, qui presque à chaque page nous présente des exemples de ce mode d'obligation. Et cela se comprend parfaitement, si nous considérons les nombreux avantages de la stipulation de peine et la nécessité où l'on s'est trouvé d'y avoir recours, dans le vieux Droit romain.

Primitivement en effet, on est en droit de penser que la stipulation ne pourrait avoir pour objet qu'une *certa pecunia* ou qu'une *certa res* dans la

forme *dari spondes* (1). La stipulation ayant pour objet un *facere* ou un *non facere*, n'avait que la force d'un simple pacte dépourvu d'action.

On va même plus loin et l'on admet que à l'origine, lorsque la stipulation fut créée, elle ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*). Ce ne serait que plus tard qu'il fut possible de stipuler une *res certa*.

Cette doctrine à peu près généralement admise aujourd'hui trouve un appui sérieux dans le § 93 du troisième commentaire de Gaius qui après avoir énuméré les différentes formules usitées dans la stipulation nous fait remarquer la formule *dari spondes ? spondeo* comme la formule romaine par excellence, devant être réservée aux seuls citoyens romains et exigeant toujours l'emploi de la langue latine, tandis que les autres formules étaient laissées à l'usage des pérégrins et pouvaient même être rédigées en langue grecque. Nous pouvons en déduire, quoique le jurisconsulte ne le dise pas, que cette formule *dari spondes* est plus ancienne que les autres et que même elle a dû exister toute seule à une certaine époque. Ce ne serait que plus

(1) *Molitor*, Traité des obligations ; — *Savigny*, Cours de Droit romain, t. I, arpend. 14 ; *Ihering*, de l'esprit du droit, t. III, p. 128, 243 ; — t. II, p. 248 ; — M. Labbé : Append. d'Ortolan.

tard que l'on sentit la nécessité d'introduire d'autres formules pour faciliter les relations commerciales et pour répondre aux nouveaux besoins d'une civilisation plus avancée. Ce fut alors seulement qu'apparurent les formules de la stipulation correspondant aux promesses de faire ou de ne pas faire. Cette manière de voir est fortifiée par le § 7, liv. III, tit. 15, des Institutes de Justinien où il nous est dit « que ce ne sont pas seulement les choses qui peuvent être stipulées, ce sont aussi les faits. » En s'exprimant ainsi, Justinien a sans doute voulu viser cette ancienne doctrine de la législation romaine primitive que nous venons d'énoncer, à savoir : que les choses seules pouvaient faire l'objet des stipulations. Il a voulu répudier et condamner définitivement cette ancienne doctrine et consacrer le droit déjà existant d'appliquer la stipulation aux obligations qui ont pour objet un fait ou une abstention.

Un autre argument que nous pouvons faire valoir en faveur de cette opinion que nous venons d'exposer, est tiré d'un texte de Gaius : (1) « *Hæc autem legis actio, constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Siliam certæ*

(1) Gaius, tom. IV, p. 49.

pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re. » Il résulte de ce texte que la loi Silia qui créa la *condictio*, la restreignit aux obligations *certainæ pecuniæ*. Ce ne fut qu'un peu plus tard que la loi Calpurnia l'étendit à toute autre espèce d'obligations certaines. Les lois Silia et Calpurnia remontent comme on le suppose généralement aux années 510 et 520 de Rome. A cette époque donc la *condictio incerti* était inconnue et ce ne fut que plus tard qu'elle fut admise, lorsque la rigidité du droit antique s'adoucit, lorsque le juge vit augmenter ses pouvoirs, lorsqu'il lui fut permis de rechercher les conditions dans lesquelles l'obligation s'était formée et le but que les parties s'étaient proposées en contractant. Alors seulement put-on stipuler un fait, et la stipulation ayant pour objet de faire ou de ne pas faire put être sanctionnée par une *condictio*. Ce n'est qu'alors qu'apparut la formule : « Quidquit paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. A. A. condemna. »

Si cette doctrine est vraie, la stipulation de peine nous apparaît donc à une certaine époque comme un complément nécessaire aux stipulations ayant pour objet autre chose qu'une *certainæ pecunia* ou une *certainæ res*. Par exemple, dans les stipulations ayant pour objet un fait ou une abs-

tention, pour donner une valeur juridique efficace à cette stipulation et avoir un moyen de contrainte contre son débiteur, le créancier devait stipuler une somme d'argent de son promettant pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation. A cette époque primitive du droit romain, la stipulation de peine jointe aux stipulations de faire ou de ne pas faire, n'était pas seulement comme nous le disent Justinien et les jurisconsultes du droit classique, un moyen avantageux utile (*usitatus, elegantius, optimus*, etc.) ; elle était d'une nécessité absolue dans ces sortes de stipulation, elle était le seul moyen de contrainte contre le débiteur.

Plus tard lorsque les stipulations de faire ou de ne pas faire furent permises et trouvèrent une sanction dans la *condictio incerti*, l'importance de la stipulation de peine fut moindre ; mais, ainsi que nous le révèlent Justinien et tous les jurisconsultes, par suite des nombreux avantages qu'elle présentait, l'usage se perpétua jusqu'aux derniers temps du droit romain de joindre une clause pénale aux stipulations qui ont pour objet un fait ou une abstention.

En nous parlant des obligations de faire ou de ne pas faire, Justinien nous dit qu'il est très avantageux pour le stipulant, au lieu de stipuler purement et simplement le fait ou l'abstention du pro-

mettant de fortifier cette stipulation en y adjoignant une clause pénale. « In lujusmodi stipulationibus, dit-il, optimum erit pœnam subijcere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit (1). »

Les textes du Digeste abondent également dans le sens des Institutes et presque tous semblent supposer que lorsqu'une stipulation a pour objet un fait ou une abstention, elle est presque toujours accompagnée d'une stipulation de peine (2).

Vénuléius s'exprime également presque dans les mêmes termes que Justinien : « Si utaliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subijci pœnam (3). » Et, nous dit-il ailleurs, cette adjonction d'une stipulation de peine est souvent d'une très grande utilité ; car lorsqu'un débat a lieu entre parties sur l'inexécution du fait personnel que le créancier voulait obtenir de son débiteur, il est souvent difficile d'évaluer d'une façon certaine le montant du préjudice éprouvé par suite de l'inexécution de ce fait, et il serait à craindre sans cela que le juge chargé de

(1) Inst. p. 7, liv. III, tit. 15.

(2) Ulp. liv. 71 et l. 3, p. 1, D. de verb. oblig. 45, 1 ; — Paul : l. 4, pr. D. de verb. oblig.

(3) Venul. l. 137, p. 7, D. de verb. oblig. 45, 1.

statuer sur le différend n'accorde des dommages-intérêts insuffisants (1).

Supposons, en effet, une stipulation de faire pure et simple. Le créancier, en cas d'inexécution, n'aura contre le débiteur, pour se faire indemniser, qu'une *condictio incerti*. Il va donc se voir obligé de faire contradictoirement, devant le juge, la preuve du préjudice qu'il a éprouvé, preuve souvent difficile à établir d'une façon exacte, surtout dans les obligations qui ont pour objet un *facere* ou un *non facere*. Il aura à craindre de se voir allouer des dommages-intérêts insuffisants. Mais si à cette stipulation de faire il a joint une stipulation de peine, cet inconvénient va disparaître. Il aura pu, à titre de peine stipulée, une somme d'argent représentant pour lui tout l'intérêt qu'il avait à l'exécution du fait promis, et lorsqu'il se présentera devant le juge, en cas d'inexécution de l'obligation, celui-ci devra lui allouer toute la somme stipulée quand même elle lui paraîtrait supérieure au préjudice subi.

Grâce à la stipulation de peine, le créancier, outre la *condictio incerti*, résultant de la stipulation de faire, aura une *condictio certi* résultant de la stipulation de peine, et cette dernière action,

(1) Venul. l. 11, D. de stip. præf. 46, 5.

outre l'intérêt qu'elle présentera pour lui, en le dispensant de faire la preuve du préjudice qu'il a éprouvé lui permettra d'exiger de son adversaire une *sponsio pœnalis tertiæ partis*.

Un autre avantage en faveur du créancier résultera du choix qu'il pourra faire entre les deux actions. Prenons un exemple : J'ai stipulé de Primus qu'il me construirait un navire, et pour le cas où il ne me le construirait pas, la somme de cent. Primus ne construit pas le navire. J'ai donc à ma disposition deux actions, 1^o une *condictio incerti* me permettant de demander des dommages-intérêts équivalents au préjudice que me cause la non-construction du navire ; 2^e une *condictio certi* pour demander la peine stipulée (cent). Je puis avoir intérêt à intenter l'une plutôt que l'autre action. Par exemple, j'intenterai la *condictio certi* si le préjudice que j'éprouve est inférieur à cent. Dans le cas contraire, j'intenterai la *condictio incerti*.

Nous voyons donc par ces raisons tout l'intérêt qu'avait le créancier à joindre une stipulation de peine aux stipulations ayant pour objet un fait ou une abstention, et cela nous explique déjà la faveur dont jouissait la stipulation de peine à Rome et le grand usage qu'on en faisait dans la pratique des affaires.

Mais ce n'est pas seulement à propos des stipulations de faire ou de ne pas faire que l'on rencontre la stipulation de peine. Nous la voyons fréquemment à toutes les époques servir à tourner certaines règles gênantes de la législation et à assurer une efficacité indirecte à des droits dépourvus de sanction légale.

1° C'est ainsi que nous la voyons jointe à une stipulation ou à une promesse pour autrui, venir assurer indirectement une certaine efficacité à cette promesse ou à cette stipulation. La *stipulatio pœnæ* nous apparaît donc dans ces conditions comme un moyen pratique, souvent employé par les jurisconsultes romains, pour tourner la règle : « *Alteri nemo stipulari potest ; — nemo alienum factum promittere potest.* »

« Si quelqu'un, nous dit Justinien (Inst. 4, liv. III, tit. 19), stipule pour un tiers autre que celui en la puissance de qui il est, l'acte est nul. »

En principe, on ne peut stipuler pour autrui ; autrement dit, on ne peut valablement stipuler qu'il sera donné ou fait quelque chose à autrui ; car le stipulant n'ayant pas d'intérêt appréciable en argent à l'exécution de l'obligation, n'a pas d'action contre le promettant. D'un autre côté, le tiers pour qui il a été stipulé n'a pas non plus

d'action contre le promettant parce qu'il est étranger au contrat et que *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* ». Mais qu'à cette stipulation faite pour autrui on ajoute une stipulation de peine, nous la verrons immédiatement, sinon devenir valable, du moins devenir obligatoire pour le débiteur qui aura souvent intérêt à exécuter ce à quoi il s'est engagé envers le tiers pour éviter le *pœna* (1).

En effet, le promettant va se voir obligé de remplir sa promesse et d'exécuter ce à quoi il s'est obligé, s'il ne préfère encourir la peine qui peut être plus onéreuse pour lui.

De même, en règle générale, les promesses pour autrui sont nulles, autrement dit, l'on ne peut promettre qu'un tiers donnera ou fera quelque chose : « *Alius pro alio, promittens daturum facturumve eum non obligatur* » (2). Les jurisconsultes nous présentent encore ici la stipulation de peine comme un moyen employé fréquemment en pratique, pour assurer l'exécution de ces sortes de promesse (3).

(1) Just. : Inst. p. 49, liv. III, tit. 49. — Ulp. L. 38, p. 17, D. de verb. oblig. 45, 1.

(2) Paul : L. 83, pr. D. de verb. oblig. 45, 1.

(3) Just : Inst. p. 24, liv. III, tit. 49. — Ulp. L. 38, p. 2, D. de verb. oblig. 45, 1.

La stipulation de peine nous permet encore de suppléer aux difficultés résultant dans la pratique des affaires de la règle « *ex pacto actio non nascitur.* »

Ainsi, par exemple, nous voyons fréquemment une stipulation de peine jointe à un compromis venir lui assurer en quelque sorte force exécutoire.

Le compromis n'est ni un contrat *sui generis*, ni un contrat consensuel, ni même un pacte prétorien ; c'est un pacte nu dépourvu de sanction soit civile soit prétorienne. Paul nous indique le moyen qu'employait les Romains pour donner quelque force à ce pacte. On avait recours à des stipulations réciproques qui d'habitude étaient des stipulations de peine. Il y avait autant de stipulations que de parties.

La sentence rendue par l'arbitre n'avait nullement la valeur d'une décision judiciaire et ne donnait pas lieu à *l'actio judicati*. Toute la force du compromis résidait dans les stipulations, et en cas de violation du compromis par l'une des parties, l'autre n'avait qu'un droit, celui d'exiger le paiement de la peine. C'est ce qui résulte d'un texte de Paul ainsi conçu : « *Ex compromisso autem judex sumptus rem judicatam non facit ; sed si poena inter reos promissa sit, postea re in ju-*

dicium deducta, ea ex stipulatu peti potest. »

On ne peut donc se prévaloir de la sentence de l'arbitre et en exiger l'exécution en invoquant l'autorité de la chose jugée ; mais on comprend facilement que si une peine très forte a été stipulée en cas de violation du compromis, la crainte d'être obligé de payer cette peine sera suffisante pour assurer l'observation du compromis (1).

La stipulation de peine présente encore un grand intérêt pratique, surtout à l'époque du droit classique pour la constitution des servitudes, ou pour parler plus exactement pour assurer l'exercice d'un droit de servitude.

Les Romains, au lieu d'établir une servitude comme droit réel, faisaient souvent entre eux des promesses. Par exemple, pour obtenir un droit de passage, les parties faisaient tout simplement une stipulation ayant pour objet le fait de passer le *jus eundi*.

Théophile nous indique à ce sujet la façon de procéder. On faisait, nous dit-il, une convention réglant le mode d'exercice de la servitude puis une stipulation intervenait et créait une obligation civile. Généralement cette stipulation était une stipulation pénale.

(1) Paul, L. 23 D. de recept. qui art. 4, 8.

« Celui, dit Théophile, qui veut concéder une servitude, peut le faire au moyen d'une convention et d'une stipulation. Après la conclusion du pacte, celui qui doit avoir un droit en vertu de cette concession, interroge l'autre : promets-tu d'observer le pacte et de t'en tenir à la servitude concédée et si tu ne t'en tiens pas à la servitude concédée, promets-tu de me donner cent sous d'or à titre de peine » (1).

La servitude pouvait, il est vrai, être concédée au moyen d'une simple stipulation donnant une action civile au stipulant, comme par exemple si j'ai stipulé : promets de me laisser passer sur ton fonds et si tu as répondu *spondeo* ; mais au lieu d'avoir recours à une stipulation ordinaire pure et simple, il était plutôt dans l'usage, pour assurer l'exercice de la servitude qu'on voulait concéder de recourir à un pacte sanctionné par une stipulation de peine.

En effet la stipulation de peine avait cet avantage de préciser le montant de la somme à payer en cas d'obstacle apporté dans l'exercice de la servitude et quelquefois même d'assurer d'une façon pour ainsi dire certaine l'observation de ce qui avait été convenu dans le pacte, comme par

(1) Théoph. sur le 4. Des Inst. liv. II, tit. 3.

exemple, si une peine considérable a été stipulée dans le cas où le promettant ne tiendrait pas sa promesse et n'observerait pas le pacte.

Ce mode de constitution de servitude par pacte et stipulation était fréquent à Rome. La raison la plus générale est que l'on se heurtait souvent à des cas où la constitution d'une servitude n'était pas permise par le droit civil. Les parties tournaient alors la difficulté au moyen des pactes et stipulations.

Cela se présentait notamment pour les fonds provinciaux, sur lesquels de véritables servitudes ne pouvaient être constituées *jure civili*, avant Justinien.

Citons encore quelques espèces à titre d'exemple : 1° Avant Antonin Caracalla, il n'était pas possible de concéder un droit de servitude à un pérégrin *jure civili* ; il fallait donc dans ce cas avoir recours aux pactes et stipulations.

2° Si l'un des contractants a la chose *in bonis*, il n'est que *bonorum possessor* et ne peut, d'après le droit civil, constituer une servitude relativement à cette chose ; mais il le peut par les pactes et stipulations.

Mais cette servitude ainsi concédée par pacte et stipulation n'est pas à vrai dire, la concession d'un droit réel de servitude. Les pactes et stipulations

sont impuissants à créer ce résultat ; ils n'engendrent qu'un droit personnel au profit du stipulant, qui a une action personnelle contre le promettant et ses ayant-cause pour les obliger à observer le contrat. Les pactes et stipulations ne créent donc pas à proprement parler un véritable droit de servitude ; mais ils procurent l'équivalent de ce droit.

Telles sont rapidement esquissées les principales utilités de la stipulation pénale à Rome.

Il nous a paru intéressant d'analyser la nature de ce contrat et de faire ressortir les traits saillants qui lui donnent sa physionomie.

Tout d'abord nous étudierons dans un premier chapitre la forme de la stipulation de peine.

Dans un second chapitre, poussant l'étude plus au fond, nous rechercherons quelle est en réalité la nature de la stipulation pénale, si c'est un contrat principal ou accessoire ; si c'est un contrat conditionnel ou une convention de dommages intérêts.

CHAPITRE PREMIER

FORME DE LA STIPULATION DE PEINE

La stipulation de peine est par sa forme une stipulation conditionnelle ; elle a pour condition, l'inexécution ou l'exécution tardive ou défectueuse d'une obligation primitive. C'est une stipulation sous une condition potestative de la part du promettant dont l'avènement est une dation, un fait, ou une abstention.

Nous rencontrons la stipulation de peine sous deux formes :

Forme A : *Si Pamphilum non dederis centum dare spondes ?* On a dit dans ce cas qu'elle était isolée ou principale.

Forme B : *Pamphilum dare spondes ? Si Pamphilum non dederis centum dare spondes ?* Lorsqu'elle est conçue sous cette forme, un grand nombre d'auteurs l'ont appelée stipulation accessoire. Je crois ainsi que j'espère le démontrer plus

loin que cette dénomination est inexacte et que la stipulation de peine sous quelle que forme qu'elle ait été conçue, nous apparaît toujours comme une stipulation conditionnelle principale.

Toutefois je pense qu'il y a lieu de signaler ici une différence entre ces deux formes de la stipulation pénale.

Quand le créancier a stipulé sous la forme A, nous ne voyons qu'une seule stipulation qui est conditionnelle. Ce qu'il veut obtenir c'est Pamphile ; mais la stipulation qui a pour objet Pamphile n'existe pas ; elle est sous-entendue et ne donne pas d'action au créancier qui n'a ici que l'action de la stipulation pénale lui permettant de réclamer la peine, si Pamphile n'a pas été donné.

Dans la forme B, nous trouvons deux stipulations : 1° une stipulation qui peut être pure et simple ; 2° une stipulation toujours conditionnelle qui a pour objet une *pœna* et qui a pour condition l'inexécution de l'obligation première.

La stipulation sous cette seconde forme est généralement plus avantageuse pour le créancier ; car en cas d'inexécution de l'obligation première, il aura deux actions qu'il pourra exercer à son choix et quelquefois même, ainsi que nous le verrons plus loin, il pourra les exercer cumulativement lorsque telle aura été la volonté des parties

contractantes. Si au contraire la stipulation pénale est isolée, le créancier n'aura jamais qu'une seule action lui permettant de réclamer la *pœna*.

La stipulation pénale lorsqu'elle est jointe à une obligation première nous a paru plus intéressante dans les applications qu'on peut en faire et dans ses conséquences. C'est pourquoi dans tout le cours de cette étude nous la prenons comme exemple et nous supposons presque toujours être en sa présence.

A part cette différence que nous venons de signaler entre les deux formes de la stipulation de peine et les conséquences qui peuvent en résulter de ce que dans l'une (stipulation isolée), le créancier n'a jamais qu'une action pour réclamer la peine, et que dans l'autre en cas d'inexécution de l'obligation première il a deux actions, nous ne pensons pas ainsi que l'ont fait un grand nombre d'auteurs, que la stipulation isolée serait seule soumise aux règles propres des stipulations conditionnelles et que l'autre considérée comme stipulation accessoire verrait son caractère conditionnel modifié en plusieurs cas, par suite de son état de dépendance vis-à-vis de la stipulation première qui lui sert de condition.

Lorsque la stipulation pénale est isolée, dit

M. Bufnoir (1), elle n'est autre chose qu'une stipulation conditionnelle ordinaire régie par les règles propres aux obligations conditionnelles. Ce serait par abus de mots qu'on donnerait à cette stipulation le nom de *stipulatio pœnæ*. Elle est en réalité la seule obligation existante ; la dation de Pamphile est uniquement *in conditione* ou suivant l'expression de Paul, *in exsolutione*.

« Si ita stipulatus sim : si fundum non dederis centum dare spondes ? sola centum (in) stipulatione sunt, in exsolutione fundus (2). »

Cette opinion qui ne voit dans la stipulation pénale isolée qu'une stipulation conditionnelle, régie par les règles ordinaires des conditions, et improprement appelée pénale a été soutenue par un grand nombre d'auteurs modernes, parmi lesquels il nous faut citer MM. Accarias (3) et Maynz (4).

Pour eux la stipulation pénale proprement dite n'existe que sous la forme B, c'est-à-dire lorsqu'il existe deux obligations distinctes, l'une pure et simple qui forme l'obligation principale, l'autre accessoire qui a pour objet une *pœna* en cas

(1) M. Bufnoir : Théorie de la condition.

(2) Paul : L. 44, p. 5, D. de oblig. et act. 44, 7.

(3) M. Accarias : Précis de Droit romain.

(4) M. Maynz : Traité des obligations.

d'inexécution ou d'exécution défectueuse de l'obligation principale.

Il eut été préférable, nous dit M. Maynz, de désigner par deux termes différents ces deux applications de la stipulation. C'est peut-être, nous dit-il, à cet emploi impropre du mot *pœna* que nous trouvons employé dans la stipulation isolée et qui sert ainsi à désigner deux institutions différentes, que l'on doit les difficultés auxquelles l'étude de la stipulation de peine a donné lieu et la confusion qu'on a faite entre ces deux espèces de stipulation.

Si cette opinion est vraie, il nous faudra donc désormais distinguer entre ces deux formes de la stipulation de peine et leur appliquer des règles différentes, l'une devant être traitée comme une simple stipulation conditionnelle principale et l'autre comme une stipulation accessoire, dominée d'après certains auteurs par l'idée de peine et de dommages-intérêts.

Les partisans de cette opinion s'appuient fortement sur la loi 115, p. 2 de Papinien (1). Ce texte très important en matière de stipulation de peine mérite un examen attentif. Nous allons donc en faire l'analyse, et nous verrons si loin de consa-

(1) Pap. : L. 115, p. 2 ; D. de verb. oblig. 43, 1.

crer la doctrine que nous venons d'exposer, il ne peut être interprété différemment et servir de base à un autre système que nous nous proposons de défendre.

Si quelqu'un a stipulé en ces termes :

« *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ?* » On se demande qu'elle sera l'époque de l'exigibilité. Pégasus répond que la stipulation ne sera commise que lorsque Pamphile aura cessé de pouvoir être donné. Sabinus, au contraire, pensait que d'après l'intention des parties (*ex sententia contrahentium*), dès que l'esclave a pu être donné et ne l'a pas été immédiatement, il est permis d'agir, et en vertu d'une telle stipulation, l'action du demandeur n'est retardée qu'autant qu'il n'a pas dépendu du promettant de livrer l'esclave. A l'appui de son opinion il citait un cas analogue admis quand il s'agissait d'un legs de provisions alimentaires. L'héritier qui ayant pu exécuter le legs ne l'avait pas fait pouvait être immédiatement poursuivi en paiement de la somme, et cela avait été admis ainsi par des raisons d'utilité conformément à la volonté du défunt et à la nature de la chose léguée (*ob defuncti voluntatem, et ipsius rei natura*).

Pégasus était donc d'avis que la stipulation pénale ne serait commise que lorsqu'il serait certain

que Pamphile ne pourrait plus être donné. Il appliquait donc ici la théorie de la condition dans toute sa rigueur.

Sabinus était d'une opinion opposée et admettait que la peine serait encourue dès que l'esclave ayant pu être donné ne l'aurait pas été.

Papinien propose une distinction. L'opinion de Sabinus peut être admise, dit-il, si la stipulation ne commence pas par une condition comme par exemple dans ce cas : « *Si Pamphilum non dederis, tantum dari pondes ?* » mais si elle est conçue en ces termes : « *Pamphilum dari pondes ? Si non dederis, tantum dari pondes ?* »

Cette décision, ajoute-t-il, est absolument exacte lorsqu'il est prouvé que si l'esclave n'était point donné, et l'esclave et la somme seraient dus ; mais si la stipulation a été faite de telle sorte qu'au cas où l'esclave ne serait donné, la somme d'argent seule serait due on peut encore adopter la même solution parce qu'il semble établi que les parties ont voulu ou que l'esclave fût donné ou que la somme fût payée, et cela aussitôt que possible (*quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur*).

Vous voyez donc, nous disent les partisans de l'opinion que nous exposons, que l'on applique des règles différentes suivant que la stipulation a com-

mencé par la condition ou non. Si la stipulation est isolée ou suivant l'expression de Papinien *a conditione cœpit*, c'est l'opinion de Pégasus qui l'emporte. Papinien ne le dit pas ; mais cela résulte implicitement du texte. Il admet donc dans ce cas que la stipulation suit les règles générales de la condition. Si la stipulation, au contraire est rédigée sous l'autre forme et *non a conditione cœpit*, Papinien se range de l'avis de Sabinus et la stipulation sous cette forme suit des règles différentes de celles qui sont appliquées à la stipulation isolée qui n'a de pénale que le nom, mais qui en réalité n'est qu'une stipulation conditionnelle.

Nous n'admettrons pas ce système. Pour nous la stipulation pénale qu'elle soit isolée ou non, doit suivre les mêmes règles.

Nous ne pouvons admettre de différence entre ces deux formes de la stipulation de peine et il nous est impossible de croire que les Romains dont la langue était assez riche, aient pu employer un seul et même terme pour désigner deux institutions différentes obéissant à des règles et des principes différents. Il est inadmissible qu'ils se soient servi du même mot, « *stipulatio pœnæ* » et qu'ils aient appliqué ce même mot à deux espèces de stipulation, aboutissant chacune à des conséquences diamétralement opposées.

Le texte de Papinien sur lequel s'appuient nos adversaires pour établir leur système, ne prouve rien en leur faveur. Ce texte même loin de nous être contraire vient à l'appui du système que nous adoptons.

Ce qui caractérise le système que nous combattons, c'est un respect exagéré de la forme entraînant des conséquences inévitables et rigoureuses. Chez nous, au contraire, nous pensons et avec raison, je crois, qu'il faut aussi dans toute convention tenir compte de la volonté des parties et que dans tout contrat, c'est cette volonté qui doit surtout être recherchée, la forme n'ayant en principe pour effet que d'être un moyen de reconnaître cette volonté. Ce qui domine dans le texte de Papinien, c'est surtout le respect et la recherche de la volonté des contractants. La décision de Sabinus est basée sur l'intention probable des parties. Il donne une solution *ex sententia contrahentium*. Mucius s'appuie également sur la volonté du défunt dans la décision relative au legs de provisions alimentaires. Papinien lui-même donne aussi une importance considérable à l'intention des parties. S'il s'attache à la forme et rend sa décision d'après la façon dont l'acte est rédigé, c'est qu'il croit trouver dans la forme quelle a pu être l'intention qui a présidé au contrat. Il cherche

dans la forme comment les parties ont entendu la condition de la stipulation ; comment elles ont voulu que la condition fut interprétée. Il croit trouver dans la forme le sens précis de la condition et il croit y voir de quelle manière et à quelle époque elle doit s'accomplir pour donner naissance à l'obligation pénale, mais je ne vois nulle part dans ce texte cette distinction entre les deux formes de la stipulation pénale permettant de leur appliquer des règles différentes.

On nous oppose encore des textes tendant à établir une différence entre la stipulation isolée et la stipulation dite accessoire. Dans les stipulations pénales isolées, nous dit-on, en cas d'inexécution partielle du fait mis *in conditione* la peine entière est due et l'on explique ce résultat par la règle de l'indivisibilité des conditions. C'est donc que ces sortes de stipulations suivent les règles ordinaires des stipulations conditionnelles.

On cite un texte de Paul à l'appui de cette idée :

« Si ita stipulatio facta sit : si fundus Titianus datus non erit, centum dari ? Nisi totus detur, poena committitur centum (1). »

(1) Paul : L. 85, § 6, D. de verl. oblig. 45, 1.

Nous répondrons à cet argument de texte par un autre texte qui prouve que cette solution n'était pas spéciale aux stipulations isolées et que nous la trouvons également dans les stipulations pénales qui ne commencent pas par la condition.

« Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, poenam, etiam si unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus poenam committet, donec portio coheredis solvatur (1) ».

La solution ne dépend donc pas de la forme dans laquelle la spéculation a été conçue et nous pourrions encore citer des textes nombreux établissant analogie de solution malgré la différence de forme des stipulations (2).

Nous repoussons donc l'opinion de ceux qui veulent distinguer entre les deux formes de la stipulation pénale et leur appliquer des règles différentes suivant leur forme. A part la différence que nous avons signalée au commencement de ce chapitre, à savoir : que dans la stipulation isolée, le créancier ne pouvait jamais avoir qu'une seule action, tandis que dans l'autre, il pouvait en avoir deux, parce qu'il y avait deux obligations distinctes, nous croyons qu'il faut appliquer ainsi que

(1) Pomp. L. 5, § 3, D. de verb. oblig. 45, 1.

(2) Paul : L. 8, D. de verb. oblig. 45, 1. — L. 22, D. ad leg. Aquil. 9, 2.

nous espérons le prouver, les règles propres aux stipulations conditionnelles à la stipulation de peine qui nous apparaît toujours comme une stipulation principale quelle que soit la forme de sa rédaction.

Ce que nous aurons surtout à rechercher dans la stipulation pénale et quelque fois la forme pourra nous guider à ce sujet, c'est comme nous le verrons tout à l'heure l'intention des parties qui y a présidé, ce qu'elles ont voulu faire, et c'est par cette recherche de la volonté des parties que nous pourrons expliquer les différents textes contradictoires qu'on rencontre en matière de stipulation de peine et qui ont si fort divisé les commentateurs du Droit romain.

CHAPITRE II

NATURE DE LA STIPULATION DE PEINE.

Si l'on s'en tenait aux mots, la nature de la *stipulatio pœnæ* semblerait indiquée par le nom même qu'elle porte ; mais rien ne serait plus inexact que de voir dans son objet une peine au sens juridique de ce mot. Une peine suppose un délit, et dans la *stipulatio pœnæ*, l'objet dû se réfère à une convention.

Cependant on a pu dans un intérêt purement historique démontrer que la *stipulatio pœnæ* avait revêtu à l'origine d'un droit barbare et primitif, une sorte de caractère pénal.

A une époque où les idées de droit sont encore confuses, la notion de justice obscure, l'homme n'est pas habitué à distinguer entre les contrats et les délits. La première convention de peine dut apparaître comme un adoucissement à la loi du talion ; elle apporta remède à ces troubles permanents qu'infligent à la société les vengeances entre

les individus et les familles. Du jour, en effet, où l'importance de la richesse commence à être appréciée, l'intérêt vient détourner le cours de la vengeance; la victime de l'injustice consent à recevoir en compensation quelque chose de plus utile que ne le serait pour elle la vengeance. L'offenseur se rachète contre le talion en offrant à l'offensé ou à la famille de l'offensé une certaine valeur que Festus appelle significativement une rançon. Dès lors apparaît la convention de peine(1).

Sans doute plus tard la société mieux organisée et plus forte se substitue à la volonté privée, supprime le droit de vengeance des particuliers et impose une peine déterminée qu'on a nommée pour cela *composition forcée*. Mais que la peine soit conventionnelle ou forcée, que l'on soit dans la première ou dans la seconde phase de transformation, la distinction entre l'idée de punition et celle d'indemnité n'apparaît pas très nettement tout d'abord; la peine correspond tout à la fois au préjudice qu'elle répare et à la vengeance qu'elle remplace; elle s'accomplit, par exemple, au moyen d'une pesée, comme une somme d'argent un prix que l'on paie: d'où les expressions *pœnas dare, solvere, pendere*.

(1) Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talis esto.

Cette confusion entre le contrat et le délit, ce mélange de l'idée de peine et de dommages-intérêts apparaît bien souvent dans la loi des XII tables. Ainsi l'on peut pactiser sur le vol, « nam et de furto pacisci lex permittit. » (Loi 7, § 14, D. 11, 14 *in fine*.) L'*actio furti*, qui existait seule à l'origine pour la répression de ce délit, était à la fois un châtiment et une réparation ; de même la réparation du dommage et la punition de la faute ne se distinguent pas dans l'action qui réprime le délit privé, le *damnum injuria datum*. On sait, en effet, que la condamnation, résultant de la loi Aquilie dépasse généralement le dommage causé, puisqu'elle est prononcée d'après la plus haute valeur qu'a eue la chose détruite dans un certain espace de temps avant le délit. Bien plus, si plusieurs personnes ont commis le fait, il y aura autant de condamnations que de coupables et, ce qui est ainsi multiplié par le nombre des délinquants, ce n'est pas seulement l'amende, la peine proprement dite, mais la réparation elle-même du préjudice (1). Si la *pæna* ne renfermait pas confusément les deux éléments d'indemnité et de peine, il n'en serait point ainsi, il n'y aurait pas lieu d'additionner toutes les condamnations, on

Ulp. L. 11, § 2 D, ad leg. Aquil. 9. 2.

devrait s'en tenir, si je puis ainsi m'exprimer, à l'addition de leurs parties pénales.

Quoiqu'il en soit de cette confusion entre l'indemnité et la peine, quand la distinction entre les contrats et les délits finit par être nettement établie, la stipulation de peine appartient à la classe des contrats, son objet fut d'être un pur moyen de contrainte privé, une sanction civile. De cette idée que la peine convenue est contractuelle et n'a rien de pénal, il résulte notamment cette conséquence, que l'action née d'une stipulation de peine se donnera pour le tout contre l'héritier du promettant. Au contraire une action née d'un délit, étant pénale, meurt avec l'auteur du délit. L'héritier ne peut être poursuivi à l'occasion du délit commis par la personne dont il hérite, à moins que ce délit ne lui ait procuré un enrichissement; mais alors son obligation dérive simplement d'un quasi-contrat.

§ I. — Exposition et réfutation du système qui voit dans la stipulation de peine un forfait sur les dommages-intérêts.

Certains interprètes du droit romain, tout en admettant, ce qui est incontestable, le caractère

purement conventionnel de la stipulation de peine ont voulu y voir un contrat spécial dominé par l'idée de sanction civile qui déterminerait plusieurs de ses règles.

Les uns comme Azon, Dumoulin, Pothier, Fresquet, etc., ont considéré la stipulation de peine comme une évaluation anticipée, faite par les parties des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'une obligation principale dont elle est l'accessoire. Pour eux la stipulation de peine n'est en réalité qu'un forfait sur les dommages-intérêts qui peuvent être dus. Aussi, logiquement ont-ils été entraînés à lui appliquer toutes les règles applicables en matière de dommages-intérêts.

Écartons d'abord cette doctrine qui ne me paraît pas soutenable en droit romain et qui est en contradiction avec des textes formels.

Si la stipulation de peine n'était qu'une convention de dommages-intérêts, si la peine n'était en réalité que la représentation des dommages-intérêts, il faudrait admettre logiquement qu'elle ne serait due que lorsque ceux-ci le seraient, lorsque le créancier aurait éprouvé un préjudice.

Dans cette théorie, l'on ne saurait par exemple concevoir la validité d'une stipulation de peine venant sanctionner une stipulation pour autrui ;

car en réalité en supposant que le promettant ne tienne pas sa promesse, moi stipulant, je n'ai éprouvé aucun préjudice et logiquement si la peine n'est que la représentation des dommages-intérêts, n'ayant éprouvé aucun dommage je n'ai pas droit à la réclamer.

Si la stipulation de peine n'était qu'une convention de dommages-intérêts ; il faudrait encore adopter la théorie de Dumoulin (1) et de Pothier (2), qui admettent le droit pour le juge de réduire le montant de la peine lorsqu'elle est excessive, lorsqu'elle excède le double de la valeur de la chose qui fait l'objet de l'obligation principale. Il est contre nature, disent-ils, que la peine puisse être portée au-delà des bornes que la loi prescrit aux dommages-intérêts. Cette décision est en contradiction avec de nombreux textes du Digeste. « *Pænam cum quis stipulatur, non inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis* (3). »

Le seul cas où l'on trouve une limitation à la peine est celui des obligations de somme d'argent, « *Pænam pro usuris*, nous dit Modestin (4), sti-

(1) Dumoulin. Traité de eo quod interest, n° 139 et suiv.

(2) Pothier. Traité des oblig.

(3) L. 38, § 17. D. de vert. oblig. 43,1 ; — Modest. L. 38, D. 4,8 ; — Just. Inst. III, tit. 19, § 19.

(4) Modest. L. 44, D. de usu et fruct. 22,1.

pulari nemo supra modum usurarum licitum potest.» Mais cette restriction à la liberté absolue qu'avaient les parties de faire le montant de la peine s'explique ici par la crainte de l'usure. C'était la conséquence forcée de la limitation du taux de l'intérêt. On ne voulut pas que la stipulation de peine put être un moyen de tourner la loi sur l'usure.

Enfin si nous adoptons la doctrine de Dumoulin et de Pothier et si pour nous la stipulation de peine n'était qu'une convention anticipée de dommages-intérêts, il nous faudrait lui appliquer les règles suivies en matière de dommages-intérêts, et admettre que la peine ne serait encourue par le débiteur que s'il avait été mis *in mora* par une *interpellatio*. Nous savons en effet que même dans les obligations à terme, les dommages-intérêts ne sont dus qu'à partir de la demeure du débiteur. Or, en matière de stipulation de peine, il n'en est pas ainsi et la peine est encourue de plein droit, à défaut d'exécution au terme fixé de l'obligation qui est *in conditione*, sans que le créancier ait eu besoin de faire une *interpellatio*. C'est ce qui résulte d'un texte d'Africain qui, à propos d'une espèce particulière, nous dit que la peine est due alors même qu'aucune *interpellatio* n'aurait été faite : « ejus quoque temporis quo interpellatus non es-

set pœnam peti posse : amplius etiam si omnino interpellatus non esset » (1).

Toutefois, il résulte du texte même d'Africain que cette opinion n'était pas universellement admise par tous les jurisconsultes de son époque. Quoi qu'il en soit, à l'époque de Justinien il n'existait plus aucun doute à ce sujet ainsi que nous le révèle une Constitution de cet empereur qui, voulant mettre fin à toute controverse, nous dit que si quelqu'un a promis de faire ou de donner quelque chose à une époque déterminée et qu'il ait ajouté que si à cette époque il ne remplissait pas sa promesse, il encourrait une certaine peine, il subira alors cette peine s'il manque à son engagement. C'est vainement, ajoute Justinien, qu'il allèguerait pour échapper à la peine, qu'il n'a reçu aucun avertissement. Il encourra la peine alors même qu'aucune interpellation ne lui aura été adressée (2).

N'est-ce pas là une preuve évidente que les Romains n'ont pas considéré la stipulation de peine comme étant par sa nature un forfait sur les dommages-intérêts, une estimation faite à l'avance par les parties elles-mêmes des dommages-intérêts dus

(1) Afric. L. 23 D. de oblig. et act. 44, 7.

(2) Justin. L. 12 C. de cond. et conv. 8,38.

par le débiteur en cas d'inexécution d'une obligation principale.

Cette doctrine, qui a joui d'une très grande faveur près des anciens interprètes du Droit romain, compte aujourd'hui peu de partisans.

§ II. — Exposition du système qui voit dans la stipulation de peine un contrat conditionnel accessoire.

Dans une autre doctrine qui a rallié presque tous les commentateurs modernes du Droit romain, on considère la stipulation de peine comme un contrat conditionnel accessoire dominé par l'idée de sanction civile.

« La stipulation de peine, nous dit M. Labbé (1), a toujours la forme d'un contrat conditionnel accessoire à une obligation principale dont elle sanctionne l'effet. »

Plus loin, il ajoute que, en matière de stipulation de peine, la jurisprudence romaine a toujours été dominée par les deux idées suivantes :

1° Maintenir les conséquences du caractère

(1) M. Labbé ; append. d'Ortolan.

conditionnel de la stipulation de peine toutes les fois que ces conséquences sévères, mais justes à l'égard du débiteur, augmentent pour le créancier la certitude d'obtenir l'objet principal de son attente.

2° Répudier les conséquences du même principe, lorsqu'elles seraient en contradiction avec l'idée et le but de sanction.

Le même système, à quelque chose près est soutenu par MM. Demangeat (1), Maynz (2), Molitor (3), Van Vetter (4), Vangerow (5), etc. Pour eux la stipulation de peine n'est autre chose qu'un contrat conditionnel accessoire.

« La clause pénale, dit M. Molitor, est une stipulation faite sous la condition qu'une certaine obligation ne sera pas accomplie : c'est une stipulation conditionnelle qui, de plus, est accessoire. »

Dans cette théorie, la stipulation de peine n'est point à traiter comme principale et indépendante : elle est subordonnée à un rapport juridique anté-

(1) Demangeat : cours de Droit romain, t. II, p. 223.

(2) Maynz : traité des oblig. § 88.

(3) Molitor : des oblig. en Droit romain.

(4) Van Vetter : cours de Droit romain.

(5) Vangerow : Lehrbuch, III, p. 338.

rieur; elle suit comme accessoire le sort d'une autre obligation dite principale.

On a prétendu établir sur des textes cette subordination constante. C'est ainsi, nous dit-on, que si l'obligation principale est nulle, la clause pénale tombe aussi, et l'on cite à ce sujet un texte d'Ulpien ainsi conçu : « Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur : quemadmodum si qui stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnam stipulatur » (1).

Sur quoi fonder cette nullité de la stipulation de peine, sinon sur ce principe qu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale, « quum principalis causa non consistit ne ea quidem quæ sequuntur locum habent. »

En effet dans l'espèce on avait promis un esclave qui était mort au moment de la stipulation. Ulpien nous dit que le promettant ne doit ni l'esclave ni la peine. Pourquoi ne doit-il pas la peine? C'est, nous dit-on, parce que l'esclave étant mort au moment de la stipulation, celle-ci n'a pu se former et a été nulle *ab initio*; la stipulation de peine, en vertu du principe *accessorium princi-*

(1) Ulp. L. 69, D. de verb. oblig. 45, 1.

pale sequitur, n'a pu être également se former faute d'une obligation principale dont elle put être l'accessoire, et c'est pourquoi Ulpien nous dit que dans l'espèce la peine n'est pas due. Si au contraire la stipulation de peine était une simple stipulation conditionnelle principale, la solution d'Ulpien ne se comprendrait plus ; car la condition négative d'un fait impossible rend pure et simple l'obligation contractée sous cette condition (1). Dans l'espèce, d'après les principes généraux il faudrait donc décider que la peine est due immédiatement. Or Ulpien nous dit le contraire. C'est donc, conclut-on, que la forme accessoire de la stipulation pénale modifie les règles qui découlent logiquement de sa forme conditionnelle, qu'en un mot nous sommes en présence d'un contrat *sui generis*, dont les règles ne sont pas indépendantes du sort de l'obligation antérieure et principale.

Dans cette doctrine on a même fait remarquer ingénieusement que la stipulation de peine est traitée dans certains textes comme une sûreté, un gage, une fidéjussion, en un mot assimilée sous certains rapports à une sûreté accessoire. Il résulte en effet d'un texte de Julien (2) que « si un

(1) Inst. liv. III, tit. XIX, p. 44.

(2) Jul. l. 13. D. de nov. et deleg. 46, t. 2.

créancier a stipulé une peine pour le cas où, au terme fixé, la somme due ne serait point payée, une novation survenant, la stipulation ne sera pas commise. » Or c'est un principe bien établi que la novation ne laisse pas non plus subsister les sûretés, gage, fidéjussion, hypothèque, etc., « novatione legitime facta, liberantur hypothecæ et pignus, usuræ non currunt (1). » Quand l'obligation principale disparaît dans la novation, tout ce qui est accessoire tombe aussi ; or voilà que parmi ces accessoires les textes placent la peine stipulée. N'est-ce pas, pourrait-on nous dire, une preuve évidente que la stipulation pénale est dépendante d'une obligation principale et suit son sort ? Cet argument peut être corroboré par une solution analogue donnée par les textes au cas de serment. « Un serment exigé du débiteur dit Julien (2) produit cet effet que le gage est libéré, car ce serment est semblable à une acceptilation ou tout au moins il engendre une exception perpétuelle. C'est pourquoi si le créancier demande la peine promise à l'occasion de cette obligation, il sera repoussé par une exception. » Ici encore, au point de vue des effets du serment, les sûretés seraient traitées

(1) Paul, l. 18. D. de nov. et deleg. 46, t. 2.

(2) Jul., l. 40. D. de jurejur. 12, t. 2.

comme la stipulation de peine. N'en résulte-t-il pas que dans la pensée du jurisconsulte, la stipulation de peine est une sanction, un contrat accessoire ?

Voilà dans toute leur force les principales raisons sur lesquelles on peut fonder cette doctrine qui voit dans la stipulation de peine un contrat accessoire dominé par l'idée de sanction, présupposant une obligation principale antérieure.

Il nous a paru que ce système était dans la théorie générale du Droit romain une complication inutile, que les textes, ni l'esprit du droit ne commandent. En un mot toutes les solutions qu'on invoque contre nous peuvent être justifiées par les principes ordinaires en matière conventionnelle. C'est ce qui nous reste à établir.

III. — La stipulation de peine est un contrat conditionnel principal.

La doctrine qui nous paraît bien plus conforme aux idées romaines est celle qui voit dans la stipulation pénale une stipulation conditionnelle ordinaire qui ne produit pas d'effets distincts de ceux qu'imposent les principes généraux. Les parties

n'ont qu'une seule chose à se demander, c'est si la condition est accomplie ; mais le sort de l'obligation principale ne détermine pas nécessairement celui de la stipulation de peine. Cette idée ressort avec évidence de textes souvent cités dans une autre matière, celle des stipulations pour autrui. Si, par exemple, je stipule au profit de Titius que Primus lui bâtira une maison, cette stipulation ne produira aucune action ni pour Titius, parce qu'il est étranger à la convention, ni pour moi, parce que je suis sans intérêt à ce que Primus exécute son obligation ; mais si j'ajoute à cette stipulation une clause pénale, autrement dit, si je stipule en ces termes de Primus : « Si tu ne bâtis pas une maison à Titius, promets-tu de me donner cent ». J'aurai dans ce cas un intérêt évident et par suite une action contre Primus non pour l'obliger à bâtir une maison à Titius ; mais pour obtenir de lui la peine de cent que j'ai stipulé pour moi-même. Cette peine sera encourue pour inexécution de la stipulation inutile et cela alors même que je n'avais aucun intérêt à ce que Primus bâtisse une maison à Titius (1).

Nous pouvons tirer de ce fait les deux conclusions suivantes : 1° c'est que la cause pénale ne peut être

(1) Ulp. l. 38, § 17, D. de verb. oblig. 45, 1.

considérée comme la représentation des dommages intérêts ; car dans l'espèce je n'ai aucun dommage du fait que Primus n'a pas bâti une maison à Titius, et cependant j'ai le droit à la peine ; 2^o la clause pénale n'est pas non plus l'accessoire de la stipulation qu'elle sanctionne ; car juridiquement cette première stipulation est nulle. Si l'on admettait que la stipulation pénale n'est que l'accessoire de la stipulation pour autrui, celle-ci n'ayant pas d'existence propre, n'ayant pu se former, il faudrait admettre logiquement que la stipulation de peine est également nulle ; car on ne saurait concevoir une stipulation accessoire là où il n'y a pas à proprement parler de stipulation principale.

Mais nous objectera-t-on, la stipulation pour autrui n'est pas à vrai dire une stipulation nulle, inexistante, c'est une stipulation inutile, en ce sens qu'elle n'est sanctionnée par aucune action. La nullité de cette stipulation tient uniquement au manque d'intérêt qu'avait le stipulant à son exécution et à la position du tiers pour qui on a stipulé, qui n'étant pas partie au contrat ne pouvait avoir d'action contre le promettant.

Je ne pense pas que cette objection soit fondée. La stipulation pour autrui est nulle *ab initio* ; elle est inexistante en ce sens qu'elle ne peut jamais lier le débiteur soit envers le stipulant qui manque

d'intérêt, soit envers le tiers qui est étranger au contrat.

La stipulation de peine jointe à cette stipulation ne la rend pas valable ; et même dans ce cas la stipulation pour autrui n'a d'autre valeur que celui d'un fait mis *in conditione* ; mais en tant que stipulation elle ne peut produire par elle-même aucun effet juridique.

Quand une stipulation de peine est jointe à une stipulation pour autrui, la seule stipulation valable et ayant quelque effet est la stipulation pénale. En effet le promettant ne peut jamais être contraint d'exécuter la promesse qu'il a faite au profit d'autrui, il ne doit que la peine au stipulant, s'il ne satisfait pas à la condition de la stipulation pénale. Il n'y a donc là en réalité qu'une seule stipulation existante c'est la stipulation pénale qui nous apparaît comme un contrat conditionnel principal ayant une existence propre par lui-même. La peine formerait l'objet d'une stipulation particulière conditionnelle, par laquelle les parties ont convenu qu'elle serait due pour le cas où une promesse antérieure rentrerait sans exécution. Et dans ce cas qu'importe la nullité ou la validité de cette promesse antérieure ; elle tient simplement lieu de condition.

Une objection sérieuse qu'on a encore pu élever contre notre système qui ne voit dans la stipulation

de peine qu'une stipulation conditionnelle suivant en tout les règles propres à ces sortes de stipulations, ce sont les nombreux textes qui n'admettent la commise de la peine qu'en cas de faute de la part du débiteur de n'avoir pas exécuté l'obligation dite principale (1). N'est-ce pas là, nous dit-on, une preuve certaine que la stipulation de peine n'est pas un contrat conditionnel et qu'elle est régie par des règles particulières tenant à la nature de la *pœna* qui est la véritable sanction d'une obligation principale, qui est une punition, un châtiment infligé au débiteur fautif en même temps qu'une indemnité pour le créancier ?

Cette objection a fortement embarrassé la plupart des auteurs qui ne voyaient dans la stipulation pénale qu'une simple stipulation conditionnelle. Ils ont cherché des textes contradictoires (2) et ont ainsi pu soutenir que la peine était encourue alors même que l'inexécution de l'obligation qui est *in conditione* ne proviendrait pas de la faute du débiteur.

Sans qu'il me soit nécessaire d'adopter l'opinion de ceux qui croient que la peine est toujours commise par l'effet de la condition sans qu'il y ait faute imputable au débiteur, je pense qu'il me sera

(1) Ulp. L. 23, § 1, D. de recept. qui arb., 4, 8.

(2) Paul, L. 77, D. de vert. oblig., 43, 1 ; — L. 22, D. ad. leg. Aquil., 9, 2.

facile d'expliquer cette apparente contradiction existant entre les textes, et tout en conservant à la stipulation pénale son caractère purement conditionnel d'établir pourquoi la peine n'est généralement encourue que s'il y a faute. Il n'y a là au fond, qu'une question d'intention des parties, il n'y a qu'une question d'interprétation de la condition.. Nous trouvons cette recherche de l'intention des parties dans un texte de Paul (1) consulté s'il y avait lieu à commise de la peine dans un cas particulier qui lui était soumis relativement à un propriétaire voulant expulser son locataire qui était resté deux ans de suite sans payer de loyer. Ce locataire avait stipulé *sub poena* qu'il ne serait pas expulsé avant l'expiration de son bail. Paul tranche la question d'une façon tout-à-fait équitable en se basant sur l'intention probable des parties, et en recherchant comment et dans quelles conditions elles ont voulu que la stipulation de peine fut commise.

Mais ici se dresse une objection facile à prévoir. On va dire que dans la stipulation comme dans tout contrat de droit strict, la forme dicte le droit; la condition de la stipulation pénale doit donc être prise au pied de la lettre et on n'y peut rien ajou-

(1) Paul, L. 54, § 1, D. loc. cond. 49, 2.

ter. Si d'après les termes elle est échue, alors même qu'elle ne le serait pas selon la volonté des contractants, la peine est fatalement encourue. Dès lors peu importe que le débiteur soit ou non en faute, la peine devrait être commise toujours lorsqu'il y a inexécution ou exécution défectueuse de l'obligation qui est *in conditione*. Or un grand nombre de textes nous disent le contraire. Justifier cet état de choses par la volonté des parties, c'est, nous dira-t-on, interpréter ce qui échappe à l'interprétation ; c'est s'insurger contre toute la théorie des actes de droit strict. Il faut, conclut-on, chercher une autre explication qui est que la stipulation de peine serait juridiquement traitée comme un contrat accessoire servant de sanction à une obligation principale.

Sans doute cette objection est forte. Il y aurait mauvaise grâce à méconnaître les nombreuses décisions des jurisconsultes qui établissent que dans les contrats de droit strict, il faut s'attacher aux mots et n'y rien ajouter (1). Celse, Paul et Ulpien nous le disent en termes formels. Cependant, on peut penser avec une minorité d'élite, que même dans les actes de droit strict, la condition s'inter-

(1) Cels. L. 99, D. de verb. oblig. 45, 1 ; — Ulp. L. 52, D. de verb. oblig. ; — Paul, L. 91, de verb. oblig.

prête par la volonté des parties. Sans aucun doute, dans ces actes assujettis à des formalités, il y a des mots techniques consacrés par l'usage, qui ont des effets que la volonté de l'homme ne peut pas changer; tel mot employé ne peut avoir que tel sens juridique, il entraîne des effets certains et définis.

Mais bien que dans toute stipulation il y ait des termes dont le sens a une valeur fixe et comme immobilisée dans une signification unique, il y a aussi des clauses prises au langage vulgaire, ajoutées par les contractants. Ces phrases construites arbitrairement par les parties ne sont pas essentielles, on les peut supprimer, la stipulation se tient sans elles, et comme elles ne participent pas à son essence, elles échappent à sa rigueur de formes imposées, elles n'ont d'autre valeur que celle qu'on y a mise. On ne peut pas en effet pour les interpréter se référer à l'usage qui par hypothèse ne les a pas consacrées et n'en a point défini le sens. Telle est la condition, modalité éventuellement arbitraire et qui n'a de sens possible que si on l'éclaire par l'intention des parties.

L'institution d'héritier, par exemple, est un acte de droit strict par excellence (1), et cependant, c'est Ulpien qui parle, « in conditionibus primum

(1) Gaius. Comm. II, §§ 116, 117.

locum voluntas de functi obtinet, eaque regit conditiones » (1). Par exemple, ajoute-t-il, dans cette condition : « si ma fille est mariée à Titius », il a été décidé que l'on ne s'attacherait pas toujours à l'époque de la mort, mais, si le testateur le veut, on prolongera quelque temps après la mort l'effet de la condition.

Si dans la matière des testaments, la condition s'interprète par l'intention des parties, il doit en être de même pour les contrats de droit strict qui relèvent de la même théorie générale.

Il est vrai que les esprits scrupuleux pourraient nous opposer qu'à Rome, l'intention du testateur avait peut-être plus de place dans l'interprétation de son testament que celle des contractants dans l'interprétation du contrat. « In testamentis, nous dit Paul, pleius voluntate legantium interpretater » (2) ; mais outre que nous ne pouvons savoir à quel propos Paul émet cette doctrine, ni s'il la posait en maxime générale, ni s'il s'agissait d'un simple fideicommiss ou d'un legs ou d'une institution d'héritier, il est à remarquer que l'on ne peut rien tirer d'un texte qui ne rend pas raison de la différence qui existait entre l'institution pure et simple

(1) Ulp. L. 49, p. D. de condit. et demons. 35, 4.

(2) Paul. L. 12. D. De divers. reg. 50, 17.

soumise à la forme stricte et l'institution conditionnelle où la condition s'interprète par la volonté des contractants. Bien plus les textes eux-mêmes parlent d'une manière formelle en faveur de l'assimilation (1). Si quelqu'un a stipulé en ces termes : « si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ? » on demande alors à quel moment la condition sous laquelle la peine a été promise sera considérée comme accomplie ? Et deux apparaissent concevables : ou bien elle le sera seulement quand Pamphile sera mort, c'est-à-dire ne pourra plus être livré, ou bien dès que Pamphile ayant pu être livré ne l'aura pas été.

Le jurisconsulte Sabinus, en contradiction avec Pégase, décidait en ce dernier sens « *sententia contrahentium* » Papinien juge de la controverse, sous une réserve qui importe peu ici, se range à la doctrine de Sabinus parce que telle a dû être l'intention des parties.

Voilà qui nous paraît justifier surabondamment ce principe que dans la stipulation pénale, ou conditionnelle la condition s'interprète par la volonté des parties. Dès lors il est complètement inutile de faire intervenir pour expliquer les solutions précitées, l'idée de règles spéciales résultant du ca-

(1) Pap. L. 114, § 2. D. De verb. oblig. 45,1.

ractère accessoire de la stipulation pénale, la volonté des parties sainement interprétée explique tout.

Examinons, par exemple, ce qu'on appelle l'influence de la nullité de l'obligation principale sur la validité de la stipulation de peine, en prenant pour base la solution d'Ulpien (1) dont nous avons déjà parlé plus haut.

Pourquoi un esclave mort lors de la stipulation ayant été promis, Ulpien, nous dit-il, que le promettant ne devra ni l'esclave ni la peine ? Si la condition de la stipulation de peine s'interprétait strictement la peine serait encourue immédiatement ; mais nous venons de voir que dans les stipulations conditionnelles, la condition s'interprète conformément à l'intention probable des parties. Or, dans l'espèce, la peine n'est pas encourue parce que la condition de la clause pénale n'est pas accomplie.

En effet, une peine a été stipulée pour le cas où l'esclave Stichus ne serait pas donné. Or, il faut supposer ici que les parties ignoraient au moment où ils ont stipulé que Stichus était mort. C'est là, il me semble, le sens de la loi. Une peine a donc été stipulée en cas d'inexécution de l'obligation

(1) Ulpien. L. 69, de verb. oblig., 43, 1.

contractée par le promettant de donner Stichus ; mais l'inexécution que les parties avaient prévue, et dont elles ont fait dépendre la peine, est l'inexécution volontaire imputable au débiteur et non pas une inexécution résultant d'un cas de force majeure. Si, au contraire, au moment du contrat, les parties savaient que Stichus était mort, la somme promise serait due quoiqu'il n'y ait aucune faute à reprocher au promettant ; car nous ne sommes plus en présence d'une stipulation pénale, mais d'une stipulation pure et simple ordinaire à laquelle les contractants se sont puérilement amusés à joindre une condition qui ne peut qu'être non avenue, comme s'ils avaient stipulé : « *Si cœlum digito non setigeris* » (1).

Il n'est pas nécessaire, non plus, de recourir à l'idée de sanction et l'obligation accessoire pour expliquer l'extinction de l'obligation pénale, quand l'obligation antérieure qu'elle corrobore s'éteint par la novation.

L'interprétation de la volonté des parties impose ce résultat. Ex. : Je vous ai promis 100 si je ne vous donne pas le fonds A. Une novation intervient. La peine ne sera pas encourue, si je garde le fonds. En effet, la condition libéralement entendue signi-

(1) Inst. Liv. III, tit. 19, p. 11.

fié : « Si je n'exécute pas mon obligation de livrer le fonds A, je paierai 100 » ; mais la novation équivalait à cette exécution et à ce paiement.

A l'inverse, si la stipulation de peine avait le caractère accessoire qu'on lui attribue, si ce n'était qu'une sanction civile, une sorte de forfait sur les dommages-intérêts, il faudrait la déclarer nulle dans certains cas où elle est évidemment valable. Ex. : Un esclave promis *sub pœna* est tué par un tiers ; Paul décide comme si cela n'était pas du tout contesté, que dans l'action de la loi Aquilia, le débiteur se fera tenir compte du préjudice que le meurtre lui cause (1). Or, quel préjudice le débiteur a bien pu éprouver en perdant un esclave qu'il avait promis de *dare* ? Le meurtre de l'esclave l'avait libéré de cette obligation. Pour s'expliquer la décision de Paul, il faut se reporter à la stipulation de peine qui était intervenue, la condition s'était accomplie, la *pœna* était due.

On ne pourrait s'expliquer cette exigibilité de la peine si on considère la *stipulatio pœnæ* comme l'accessoire d'une obligation principale qui est entièrement anéantie, ni concevoir des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une obligation éteinte sans la faute du débiteur. Il faut que la stipulation

(1) Paul : L. 22 pr., D. ad. leg. Aquil. 9,2.

de peine ait une vie propre et indépendante de l'autre obligation. J'ajoute que dans l'espèce la volonté des parties avait pu être au moment de l'apposition de la peine, que cette peine fût due dans tous les cas, la peine pouvant dans l'intention des contractants, constituer une sorte de garantie de paiement au profit du créancier contre toutes les éventualités.

C'est par ce même principe d'interprétation de la volonté des parties que peuvent s'expliquer les nombreuses décisions souvent contradictoires en apparence qui se réfèrent au point de vue suivant :

Supposons que l'inexécution de l'obligation dite principale s'est produite ou pour parler plus correctement que la condition s'est accomplie et que la peine est encourue. Quels seront les droits du créancier ? Pourra-t-il exiger cumulativement le montant de la peine et l'exécution de l'obligation qui était *in conditione* si cela est encore possible, sinon des dommages-intérêts ? Ne pourra-t-il au contraire exiger que la *pœna* seule, ou bien aura-t-il le choix entre des dommages-intérêts et la *pœna* ?

Papinien (1) résout la question par une interprétation de la volonté des parties.

(1) Pap. L. 413, § 2, D. de verb. oblig. 45, 1.

On voit par ces applications comme la théorie de l'interprétation de la volonté des parties, introduite dans la stipulation par la condition, a permis aux jurisconsultes de déduire des solutions équitables et qui font brèche en apparence à la théorie des actes de droit strict.

Mais il apparaît aussi par cette étude qu'il n'est jamais nécessaire de faire intervenir dans la stipulation l'idée de sanction, de contrat accessoire en dommages-intérêts. Les principes de la condition suffisent amplement à justifier toutes les règles qui gouvernent la *stipulatio pænæ*.

CONCLUSION

Ainsi qu'il résulte de cette étude, la stipulation de peine nous apparaît comme une stipulation conditionnelle principale, qui a pour condition, l'inexécution d'une obligation première. Tel est, suivant nous, le caractère propre de la stipulation pénale dans la législation romaine. Si elle est appliquée quelquefois comme sanction, comme moyen de contrainte, comme une convention anticipée de dommages-intérêts, cela s'explique facilement par l'intention qu'ont eu les parties contractantes de lui donner ce caractère.

En Droit français, nous retrouvons la stipulation de peine sous un autre nom. On l'a appelée *clause pénale*; mais en passant dans notre Droit, elle a changé de caractère et se présente à nous comme une convention secondaire et accessoire qui a pour objet de régler à l'avance et à forfait le dédommagement dû au créancier, dans le cas où l'obligation principale est inexécutée. (Art. 1226, 1227, 1229 C. civ.).

En Droit romain, au contraire, ces deux caractères de la clause pénale ne nous apparaissent pas comme dominants et ne peuvent être considérés comme essentiels à la stipulation de peine, comme étant de sa nature proprement dite. La stipulation de peine est essentiellement un contrat principal, une stipulation conditionnelle.

Dans le Droit primitif romain, à l'époque où le formalisme était appliqué dans toute sa rigueur, la stipulation de peine a dû être traitée comme une stipulation conditionnelle ordinaire ; elle était sans doute soumise aux règles trop subtiles et aux résultats trop rigoureux, quelquefois même injustes qu'entraînait l'application stricte des principes de la stipulation.

Plus tard, grâce aux efforts des jurisconsultes romains qui luttèrent énergiquement contre les abus du formalisme ancien, on voit, aux règles impératives et dures du Droit primitif se substituer des règles plus naturelles et plus équitables.

Sans doute la stipulation, ainsi que nous le révélèrent les Institutes, conserva toujours son caractère de contrat de droit strict ; mais on parvint à lui enlever peu à peu quelques-uns de ses effets excessifs et par trop rigoureux.

Déjà bien avant Justinien, à l'époque même du Droit classique, nous voyons les jurisconsultes

faire fléchir les principes trop absolus de la stipulation devant des considérations d'équité, et aux solutions trop rigoureuses résultant de l'application de ses principes substituer des solutions plus équitables et plus conformes au but et à l'intention des parties. C'est ainsi qu'on introduit dans les stipulations pénales un principe d'interprétation de la volonté des parties, au moyen de la condition qui échappe aux règles étroites des formules.

Grâce à cette recherche de la volonté des contractants que nous rencontrons tant en Droit romain qu'en Droit français, nous pouvons nous expliquer le peu de différence dans les effets entre la clause pénale romaine et celle du Droit français.

En Droit romain, en effet, la stipulation de peine est principalement un contrat conditionnel. C'est là son caractère dominant ; mais le plus souvent dans l'intention des parties la *pæna* était en réalité compensatoire des dommages-intérêts. C'est ce qui nous explique pourquoi à Rome comme chez nous la plupart des textes nous disent que la peine n'est encourue que s'il y a faute de la part du débiteur ; c'est encore pourquoi, en général, la peine et l'exécution de l'obligation principale ne pouvaient être cumulées, à moins que la peine n'ait été stipulée en cas de retard dans

l'exécution de l'obligation qu'elle sanctionne, ou bien qu'il ne résulte d'après la nature de l'acte ou d'après toute autre circonstance que l'intention des parties était que la *pœna* ne serait pas représentative de dommages-intérêts et que le créancier pourrait en même temps obtenir la peine et obliger le débiteur à exécuter l'obligation première.

En Droit français, nous trouvons dans la clause pénale les mêmes éléments qu'en Droit romain; mais ce qui constituait le caractère dominant de la stipulation de peine romaine ce qui était vraiment de sa nature, son caractère d'obligation conditionnelle a passé au second plan dans notre législation. Ce qui domine chez nous dans la clause pénale, c'est qu'elle est par sa nature une convention, un forfait de dommages-intérêts. De là l'application qu'on lui fait des règles qui régissent les dommages-intérêts.

Cette opposition entre le Droit français et le Droit romain et cette différence dans la nature de la clause pénale nous apparaissent très nettement à-propos de la demeure.

Dans notre législation, où l'on a considéré la clause pénale comme une convention anticipée de dommages-intérêts (art. 1229 C. civ.), on a dû logiquement admettre que la peine ne serait en-

courue par le débiteur que s'il était en faute, que s'il avait été mis en demeure (art. 1230 C. civ.), à moins d'une stipulation expresse contraire déclarant que le débiteur sera en demeure sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme (art. 1239 C. civ.)

En effet des dommages-intérêts ne sont dus pour inexécution d'une obligation que si le débiteur est en faute. Or le débiteur qui au terme fixé n'a pas exécuté ce à quoi il s'est obligé, ne peut véritablement être considéré comme étant en faute, s'il n'a été mis en demeure. Le débiteur n'est pas tenu d'offrir spontanément la prestation qui lui incombe. Il n'a aucune faute à se reprocher jusqu'à ce qu'il soit sommé de payer, et par suite il n'est pas tenu à des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution de son obligation ; car tant que le créancier ne somme pas son débiteur de payer, il est censé n'avoir aucun intérêt à ce que celui-ci paie immédiatement au terme.

A Rome, relativement aux dommages-intérêts, on suivait la même règle que chez nous. La règle *dies interpellat pro Homine* n'était pas romaine. Cela est aujourd'hui admis par tout le monde et résulte de nombreux textes au Digeste (1). La mise

(1) Marc : L. 32, D. de usur. et fruct. 22, 1 ; — Paul : L. 17, § 4, D. 22, 1 ; — L. 49, § 3, D. de verb. oblig. 45, 1.

en demeure exigeait une interpellation et le débiteur à terme qui n'avait pas été interpellé, n'était pas *in mora* par la seule échéance du terme et par suite n'était pas tenu à des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution de son obligation.

Il en était tout autrement dans les obligations pénales. La peine était encourue de plein droit, à défaut d'exécution, au terme fixé, sans que le créancier ait eu besoin de faire une *interpellatio* (1).

Cette dérogation au principe général suivi en matière de dommages-intérêts, prouve d'une façon évidente, que les Romains n'ont pas considéré comme on l'a fait chez nous, la clause pénale comme un forfait sur les dommages-intérêts ; mais ils n'ont vu en elle qu'une obligation conditionnelle soumise aux règles de la condition. Aussi, rien ne nous est plus facile d'expliquer pourquoi, à Rome, la *pœna* était encourue au terme, quoique le débiteur n'ait pas été constitué *in mora*. C'est là un des effets ordinaire de la condition accomplie.

Cette différence dans la nature de la clause pénale qui s'est produite entre le Droit romain et le Droit français ne peut guère s'expliquer que par

(1) Afric. : L. 23, D. verb. oblig. 43, 1 ; — Justin : L. 12, C. de cont. et comitt. 8, 38.

la grande faveur dont jouissait autrefois le système défendu par Dumoulin, Pothier et presque tous nos anciens auteurs, qui n'ont vu dans la stipulation de peine qu'un moyen de régler à l'avance et à forfait l'indemnité qui serait due au créancier pour le préjudice qu'il éprouverait de l'inexécution d'une obligation principale.

C'est ce système adopté et défendu par Pothier, dont les œuvres ont exercé une si grande influence sur les rédacteurs du Code, et leur ont servi de modèle, qui a passé tout entier dans notre législation.

Quoiqu'il en soit, si au point de vue de la méthode, de la simplicité et surtout de la force de sanction des droits du créancier, qui n'a plus d'*actio stricti juris*, de *condictio certi*, de *sponsio tertiae partis*, la clause pénale du droit français est inférieure à la stipulation de peine romaine, il nous faut cependant reconnaître qu'elle est en harmonie complète avec l'ensemble de notre droit. La liberté des conventions, l'équité, la clarté ont gagné au changement.

DROIT FRANÇAIS

DE

L'INVIOLABILITÉ

DU DOMICILE

INTRODUCTION

Quoique ce ne soit pas encore l'application du principe de l'inviolabilité du domicile, tel que nous le comprenons aujourd'hui, on trouve à Rome l'idée que la maison d'un citoyen est un asile inviolable pour tous : « *Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cujusque civium ? Hic aræ sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, ceremoniæ continentur : hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit* (1). »

Ainsi que nous le révèle cette phrase de Cicéron, cette inviolabilité du domicile tenait au respect qui est dû aux dieux domestiques, auxquels des

(1) Cicéron : *Oratio de domo sua*, c. 41.

autels étaient élevés dans l'intérieur des maisons. N'était-ce pas un sacrilège, une impiété, que d'arracher du pied de ces autels celui qui s'y était réfugié et implorait la protection des dieux. La maison d'un romain était pour lui un temple. C'est un dieu que son foyer ; les murs, les portes, le seuil sont des dieux. Chaque jour il sacrifie dans sa maison. Comment n'eût-on pas respecté la maison d'un tel citoyen, à une époque où la religion tenait une si grande place dans la vie humaine, et où l'homme était toujours dominé dans toutes ses actions par la crainte perpétuelle d'avoir les dieux contre lui. En violant le domicile d'un citoyen n'avait-on pas à craindre de s'attirer la colère des dieux protecteurs de ce domicile ?

Cette inviolabilité du domicile qui existait à Rome n'était qu'une conséquence directe de ce droit d'asile qui existait dès la plus haute antiquité chez tous les peuples, en faveur des temples et des statues de certains héros qu'on avait divinisés.

Quoiqu'il en soit, nous devons constater que l'inviolabilité du domicile existait à Rome et que la maison de chaque citoyen était un asile d'où il ne pouvait être arraché et où personne ne pouvait pénétrer par la violence sans encourir la colère divine. La violation du domicile fut même considérée par la loi romaine comme un délit, et assi-

milée aux violences et aux coups : *Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui injuriarum agere volet ob eam rem quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat* (1). » Il y avait violation de domicile si l'on était entré de force dans une maison que vous habitiez soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit à titre d'hôte. C'est ce que nous disent les Institutes. On admettait même que la loi s'appliquait en cas de violation d'un jardin attenant à une habitation.

L'action de la loi Cornelia appartient à celui dont l'habitation a été violée, au propriétaire qui y habite, sinon au locataire, si la maison était louée. L'injure, en effet, s'adresse plutôt au locataire qui habite effectivement, qu'au propriétaire qui n'habite point.

La loi Cornelia donnait naissance à une action civile et en même temps à une poursuite criminelle.

Dans notre ancienne France, le principe de l'inviolabilité du domicile fut pour ainsi dire méconnu. La maison des citoyens n'était pas plus respectée que leur personne.

A l'époque féodale, la France divisée entre un grand nombre de seigneurs, souverains absolus

(1) L. 3, pr., D. de injuriis et famosis libellis.

dans leurs seigneuries et continuellement en guerre les uns contre les autres, était livrée à la plus grande anarchie. Nulle liberté ne pouvait exister à cette époque ; le serf et le vilain étaient exposés à voir tous les jours leur domicile envahi par les hommes d'armes et livré au pillage.

Sous la monarchie absolue le pouvoir arbitraire des seigneurs fut moindre ; mais les attentats à la liberté individuelle et au respect dû au domicile furent encore nombreux même de la part des agents du pouvoir royal.

Il ne faut pas croire cependant que le principe de l'inviolabilité du domicile fut complètement ignoré avant 1789. On voit ce principe appliqué dans les chartes de certaines communes et dans quelques coutumes. Les grandes Cours souveraines, ainsi que nous le démontrent certains arrêts s'efforcèrent de le faire respecter.

Les habitants de Saint-Quentin obtinrent dans leur charte une disposition leur assurant l'inviolabilité absolue du domicile la nuit :

« Les hommes de cette commune demeurent
« entièrement libres de leurs personnes et de leurs
« biens : ni nous, ni acun autre (c'est la comtesse
« qui parle) ne pourront réclamer d'eux quoi que
« ce soit, si ce n'est par jugement des échevins...
« Tout bourgeois pourra être cité en justice où il

« sera rencontré, soit en jardin, soit en chambre, « soit ailleurs, à toute heure du jour ; mais il ne « pourra être cité la nuit (1). »

Relativement à la contrainte par corps, nous trouvons dans plusieurs coutumes qu'une personne ne peut être arrêtée pour dettes dans une maison bourgeoise, non seulement dans la sienne, mais même dans celle d'une autre personne. Telles sont les dispositions des coutumes de Bruges, tit. I, art. 4 ; — Douai, chap. 18, art. 7 ; — Anvers, tit. 26, art. 5. Toutefois les coutumes de Douai, chap. 18, art. 8, et de Bruxelles, art. 65, admettent qu'il était permis d'arrêter un débiteur dans une boutique ou dans une hôtellerie, parce que ces maisons sont considérées comme publiques.

Les Cours souveraines du royaume se sont efforcées aussi à différentes reprises de faire respecter en France la maison des particuliers.

« Toutes les nations, disait M. Joly de Fleury, « avocat général, ont regardé la maison de chaque « particulier comme un asile qu'il n'est pas permis « de violer. » (*Journal des Audiences*, 18 juin 1710).

Denisart nous rapporte un arrêt de règlement

(1) Henri Martin. — Histoire de France.

du 19 décembre 1702, publié et enregistré au Châtelet le 11 janvier 1703, qui « défend d'arrêter aucunes personnes à heure indue, dans leurs maisons, pour dettes civiles, et de les arrêter de jour dans les maisons, aussi pour dettes civiles, sans permission du juge, sur telles peines qu'il appartiendra. » — D'après cet arrêt on ne pouvait donc arrêter les débiteurs que de jour et hors de leur maison sans une permission expresse qui n'était accordée par M. le lieutenant-civil à Paris, que sur la représentation de trois procès-verbaux constatant que le débiteur ne sort pas de chez lui.

Cet arrêt de règlement, rendu sous l'inspiration du Droit romain ne fut applicable que dans le ressort du Parlement de Paris et fut définitivement aboli dans le ressort de ce Parlement par un édit du mois de novembre 1772.

Nous trouvons encore un arrêt de la Chambre de la Tournelle, du 9 juillet 1712 qui condamne un commissaire du Châtelet, nommé Monterif pour violation de domicile. Sur les conclusions de M. Chauvelin qui a jugé « que les commissaires du Châtelet ne pouvaient se transporter dans les maisons de particuliers pour y dresser procès-verbaux et y recevoir des déclarations sans leur réquisition ou ordonnance de justice, si ce n'est en cas de flagrant délit. »

« La Cour.....

« Condamne, savoir : la partie de Guillet (le
« sieur Jaladon, qui avait fait écrire le placet ou
« dénonciation calomnieuse) en 500 livres ; celle
« de Macé (le commissaire Monterif) en 200 livres ;
« et Nicolas Carré fils (celui qui avait écrit le
« placet) en 100 livres de dommages et intérêts
« envers la partie Coguet, et solidairement, en
« tous les dépens ; faisant droit sur les conclusions
« du procureur général du roi, enjoint au com-
« missaire Monterif et autres commissaires du
« Châtelet de garder et observer les ordonnances,
« arrêts et règlements de la Cour ; en consé-
« quence, leur fait défense de se transporter dans
« les maisons des particuliers, pour y dresser des
« procès-verbaux, y recevoir des déclarations,
« sans leur réquisition ou ordonnance de justice,
« si ce n'est dans le cas de flagrant délit ; et sera
« le présent arrêt lu, publié et enregistré en la com-
« munauté des commissaires du Châtelet. »

Cet arrêt avait été rendu à propos d'une affaire de diffamation contre une femme Coguet qui se plaignait d'avoir été calomniée dans un placet adressé au lieutenant-général de police et d'avoir eu son domicile envahi illégalement par le commissaire Monterif.

Nous trouvons encore un autre arrêt du Parle-

ment de Paris, rendu le 28 avril 1784 conforme aux conclusions de l'avocat général Séguier qui déclarait repréhensible le sieur Fontaine, lieutenant de maréchaussée, « d'avoir fait faire perquisition chez un domicilié par des archers de la ville, sans ordonnance de justice. »

Ces différents arrêts nous prouvent donc que si l'inviolabilité du domicile n'existait pas dans les lois du royaume, le Parlement de Paris s'efforçait de l'établir dans son ressort, et y est parvenu dans une certaine mesure.

Avec la Révolution apparaît l'ère de la liberté. Ce besoin de liberté se fait sentir partout, dans tous les écrits, dans les cahiers des États généraux : « Écoutez, écrit Camille Desmoulins dans « sa France libre, écoutez Paris et Lyon, Rouen « Bordeaux, Calais et Marseille ; d'un bout de la « France à l'autre, le même cri, un cri universel, « se fait entendre. La nation a partout exprimé le « même vœu. Tous veulent être libre ».

On demande partout l'abolition des lettres de cachet. On veut des peines sévères contre tous ceux qui prendraient part à des arrestations arbitraires. Tout le monde admet cet axiome d'un des

(4) Coffinières : Traité de la liberté individuelle.

publicistes de 89, Servan, avocat général au Parlement de Grenoble : « Toute prison n'a qu'une clef, et cette clef, c'est la loi ». — « La liberté, disent les cahiers des États généraux, est la loi naturelle de l'homme ; la loi civile ne la crée pas, mais l'assure ». — Il n'y a point de cas, avait écrit Mirabeau, ou il faille même pour un moment violer la liberté ».

Tout le monde demande l'interdiction pour la police de faire des visites domiciliaires et de visiter les papiers de qui que ce soit sans mandat du juge.

Les cahiers des États-Généraux demandent la liberté de penser, de parler et d'écrire. « Chacun, « disent-ils, est souverain dans sa maison, dans sa « parole et dans ses écrits. »

La ville de Melun veut « qu'il soit statué qu'il ne « pourra être fait aucune perquisition dans le do-
« micile d'un citoyen, soit par les agents du fisc,
« soit pour toute autre cause, sinon par ordon-
« nance de justice, rendue en connaissance de
« cause, et même en présence du juge ordinaire,
« si sa présence est requise par le citoyen chez le-
« quel on voudra entrer » (1).

La ville de Valenciennes veut que les visites

(1) Melun. tiers, art. 43.

domiciliaires ne puissent avoir lieu pour simple présomption de fraude (1).

De nombreux cahiers encore réclament l'inviolabilité du domicile contre les agents du pouvoir qui, sous les prétextes les plus futiles, pénétraient dans les maisons pour y faire des perquisitions.

Le principe de l'inviolabilité du domicile fut enfin proclamé et trouva place dans la Constitution de 1791. Il fut reproduit dans les Constitutions du 5 fructidor an III et du 22 frimaire an VIII. Mais malheureusement il y fut encore porté de nombreuses atteintes sous la Révolution.

Les principes de liberté qui avaient été proclamés en 1789 ne tardèrent pas à être appliqués. Un décret du 16 février 1791 relatif à l'organisation de la gendarmerie nationale, décide « que la gendarmerie ne pourra jamais saisir un citoyen « dans sa propre maison, si ce n'est en vertu d'un « mandement de justice ; auquel cas, elle accompagnera, si elle en est requise, l'huissier porteur de cette ordonnance, à peine, en cas de « contravention au présent article, de prison pour « la première fois contre le chef de brigade, et de

(1) Valenciennes, section VI, art. 5.

« destitution pour la seconde, sans préjudice des
« dommages et intérêts. » (tit. VIII, art. 5). Un
autre décret du 22 juin 1791 (art. 6) établit une
distinction entre les maisons particulières et les
maisons ouvertes au public et autorise la visite de
celles-ci par la gendarmerie, pour y faire la re-
cherche des personnes suspectes. Quant à la visite
des maisons particulières, elle ne peut avoir lieu
qu'à la réquisition des officiers de police ou de
justice, ou à celles des propriétaires, locataires ou
fermiers desdites maisons.

Enfin l'Assemblée nationale décrète le 19 juillet
1791 (art. 8) : « Nul officier municipal, commis-
« saire ou officier de police municipal, ne pourra
« entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est
« pour la confection des états ordonnés par les
« articles 1^{er}, 2 et 3, et la vérification des regis-
« tres des logeurs, pour l'exécution des lois sur les
« contributions directes, ou en vertu des ordon-
« nances, contraintes et jugements dont ils seront
« porteurs, ou enfin sur le cri des citoyens, invo-
« quant de l'intérieur d'une maison le secours de
« la force publique. »

Cette prohibition de pénétrer dans les maisons
des citoyens ne s'appliquait pas lorsqu'il s'agissait
de maisons ouvertes au public, telles que cafés,
cabarets, boutiques, maisons de jeu, maisons de

débauche, etc. Dans ces sortes d'établissement, les officiers de police pouvaient toujours pénétrer pour y prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements (art. 9, 10).

Les officiers de police qui, contrairement à ces prescriptions, et qui, sans autorisation spéciale de justice ou de la police de sûreté, avaient fait des visites ou recherches dans les maisons particulières des citoyens étaient passibles de dommages-intérêts envers celui dont ils avaient violé le domicile, sans préjudice des autres peines qu'ils pourraient encourir en cas de voies de fait, de violences et autres délits (art. 11).

Enfin, le 29 septembre 1791 l'Assemblée nationale décrète encore, qu'aucun dépositaire de la force publique ne pourra entrer de force dans la maison d'un citoyen, sans mandat de police ou ordonnance de justice.

Nous voyons donc que l'Assemblée nationale fidèle aux principes de liberté qu'elle avait si hautement proclamés, ne négligea rien pour assurer et garantir aux citoyens l'inviolabilité de leur domicile et les protéger contre les actes arbitraires si nombreux de la part des agents du pouvoir sous l'ancien régime et que les Parlements furent impuissants à réprimer.

Ces garanties de liberté que nous avait données

l'Assemblée nationale disparurent avec elle. La liberté individuelle et du domicile proclamée dans les Constitutions fut méconnue et l'arbitraire régna d'autant plus dangereux qu'il fut consacré par des lois ou des décrets.

Danton, le 28 août, demanda à l'Assemblée, au nom du ministère que des visites domiciliaires fussent autorisées dans toutes les communes de France pour qu'on put constater tout ce qui existait d'armes, de munitions, de chevaux et de voitures. Il demanda qu'on autorisât le désarmement des suspects et que leurs armes fussent distribuées aux défenseurs de la patrie.

L'Assemblée vota cette proposition et le 29 août commencèrent les visites domiciliaires qui furent exécutées avec beaucoup de violence et d'arbitraire surtout à Paris. Il fut défendu à tout citoyen de sortir de Paris. Le tambour devait annoncer les visites domiciliaires et à ce signal, chaque citoyen était tenu de rentrer chez lui, sous peine d'être traité comme suspect de rassemblement.

Les visites étaient faites par des commissaires de la Commune accompagnés par la force armée. Ils devaient s'emparer des armes qu'ils trouvaient dans les maisons et avaient le droit de faire arrê-

ter tous ceux qui leur paraissaient suspects (1).

Toutefois comme il arrivait que des hommes poussés par la cupidité ou la vengeance profitaient de la terreur qu'inspiraient ces visites domiciliaires pour pénétrer chez les citoyens, revêtus des insignes de l'autorité, dans le but de s'emparer de leur personne ou de leurs biens, l'Assemblée nationale fut obligée de prendre certaines précautions pour réprimer de tels abus, et pour qu'on ne pût méconnaître le caractère des agents du pouvoir autorisés à pénétrer dans le domicile des citoyens contre lesquels ils avaient à remplir quelque acte de leur ministère.

Elle décréta, le 15 septembre 1792, des peines sévères contre ceux qui porteraient illégalement le costume et les insignes des magistrats et fonctionnaires publics, surtout lorsqu'ils s'en étaient servis pour un acte d'autorité que l'officier public dont ils usurpaient le titre aurait eu seul le droit de faire. De plus elle décidait que les commissaires chargés de faire des visites, perquisitions ou actes d'autorité publique dans les maisons devaient être munis de deux expéditions de l'acte qui constituait leur pouvoir spécial, et tenus d'en remettre

(1) Thiers. Histoire de la Révolution.

une au citoyen chez lequel ils faisaient les visites et perquisitions. Lorsque les visites ou perquisitions se faisaient en exécution d'une loi particulière, ou d'une délibération légale, dans toute l'étendue d'une commune, les commissaires étaient tenus de faire connaître leurs pouvoirs aux citoyens qui l'exigeaient.

Ces mesures rapportèrent une certaine garantie aux citoyens pour la régularité des visites et perquisitions faites dans leur maison ; mais la loi autorisant ces visites et perquisitions n'était-elle pas elle-même contraire à la liberté, aux principes de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Elle était inconstitutionnelle et violait la Constitution de 1791 qui avait consacré la liberté individuelle.

On peut il est vrai excuser jusqu'à un certain point quelques-unes de ces mesures rigoureuses et arbitraires prises sous la Révolution, si l'on considère l'état dans lequel se trouvait la France, attaquée à l'extérieur par un ennemi qui trouvait des alliés à l'intérieur du pays. L'œuvre de la Révolution était menacée, et il fallait des mesures énergiques pour la conserver ; mais des excès ont été commis et nous devons les déplorer ; tel est le décret du 17 septembre 1793, connu sous le nom de *loi des suspects*, qui détruisait toute espèce de

liberté et qui permettait l'arrestation d'un citoyen sur le moindre soupçon.

Sur les propositions violentes de Billaud-Varennes, le décret dû au girondin Gensonné, qui interdisait les visites domiciliaires et les arrestations la nuit, fut rapporté. La loi des suspects en était donc encore plus redoutable. « Dès cet instant
« chaque citoyen poursuivi fut menacé à toute
« heure et n'eut plus aucun moment de repos...
« Les arrestations multipliées jour et nuit rempli-
« rent bientôt toutes les prisons de France (1). »

La liberté était morte. L'inviolabilité du domicile n'existait plus. Il y avait en prison cent cinquante mille suspects, qui jugés sommairement sans être à peine entendus, ne quittaient guère la prison que pour l'échafaud. « On reconnaît, écrit
« Camille Desmoulins dans le *Vieux Cordelier*, que l'état présent n'est pas celui de la
« liberté... La liberté, c'est le bonheur, c'est la
« raison, c'est l'égalité, c'est la justice, c'est la
« Déclaration des droits de l'homme !... Ouvrez les
« prisons à ces deux cents mille citoyens que vous
« appelez *suspects* ; car, dans la Déclaration des
« droits, il n'y a point de maison de suspicion ; il
« n'y a que des maisons d'arrêt ; il n'y a point de

(1) Thiers. — Histoire de la Révolution.

« gens suspects ; il n'y a que des prévenus de
« délits fixés par la loi. »

Après la mort de Robespierre et la fin de la Terreur on revient aux principes de liberté. Un décret du 18 thermidor an II eut pour objet de faire mettre en liberté tous les citoyens détenus comme suspects pour des motifs qui ne sont pas désignés par la loi du 17 septembre 1793. Cette loi quoique non abrogée ne fut plus appliquée.

La Constitution de l'an III vint enfin assurer à chaque citoyen la liberté à laquelle il avait droit et proclamer solennellement l'inviolabilité du domicile en ces termes : (art. 359).

« La maison de chaque citoyen est un asile
« inviolable ; pendant la nuit, nul n'a le droit
« d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inonda-
« tion ou de réclamation venant de l'intérieur de
« la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter
« les ordres des autorités constituées. Aucune vi-
« site domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu
« d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressé-
« ment désigné dans l'acte qui ordonne la visite ».

Malgré les dispositions de l'art. 359 de la Constitution de l'an III, l'inviolabilité de domicile ne fut pas encore complète. Si le domicile des citoyens était inviolable la nuit, il ne le fut pas complètement le jour ainsi que nous le démontre la loi du 24 fructidor an IV qui autorisait les visites domi-

ciliaires dans les départements de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne pour un motif quelconque. Une autre loi du 18 messidor an VI, les autorisait également dans toute la France pour la recherche des agents de l'Angleterre ou des émigrés rentrés. Enfin les visites domiciliaires sont encore autorisées pendant un mois par une loi du 26 thermidor an VII pour l'arrestation des embaucheurs, des émigrés rentrés, des égorgeurs et des brigands.

La Constitution de l'an VIII, beaucoup moins libérale que la Constitution de l'an III, ne garantissait plus par le fait que la liberté individuelle. Elle reproduisait à peu près dans les mêmes termes les dispositions de la Constitution de l'an III relatives à l'inviolabilité du domicile ; mais par son article 75, elle rendait illusoires les garanties de liberté qu'elle accordait aux citoyens en rendant impossible, pour ainsi dire, toute poursuite contre les fonctionnaires, qui abusant de leur autorité, avaient porté atteinte à la liberté des citoyens et violé leur domicile.

La responsabilité des fonctionnaires, était en effet atténuée par suite de l'obligation imposée aux citoyens d'obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat pour poursuivre toute personne revêtue de fonctions publiques. Il a fallu près de trois quarts de siècle pour qu'on revint sur cette disposition.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

L'inviolabilité du domicile doit être considérée comme une conséquence directe de la liberté individuelle, qui ne serait pas entière, si notre maison était ouverte arbitrairement aux agents de l'autorité qui, sous les prétextes les plus futiles, pourraient y faire des perquisitions et pénétrer dans notre vie intime : « La maison de tout
« citoyen, disait lord Chatam, est une forteresse
« où nulle puissance ne peut pénétrer, si forte
« qu'elle soit. L'homme le plus pauvre défie dans
« sa chaumière toutes les forces de la couronne.
« Qu'elle tombe en ruine, que le toit en soit percé,
« que le vent y pénètre et qu'elle tremble sous le
« choc de la tempête, l'orage y peut entrer, mais
« le roi d'Angleterre ne le peut pas. Tout son
« pouvoir n'oserait franchir le seuil de cette ma-
« sure en ruine. » Ces paroles sont l'expression

de la vérité et devraient rester gravées dans tous les cœurs. Tout citoyen français peut aujourd'hui les prononcer, et nous n'avons rien à envier à l'Angleterre au point de vue de l'inviolabilité du domicile qui est observée en France dans une mesure aussi large que le permettent la sécurité générale et l'intérêt commun.

Le principe de l'inviolabilité du domicile proclamé sous la Révolution a été consacré et reproduit dans presque toutes nos Constitutions. Il a fait l'objet des soins de nos législateurs qui ont déterminé d'une façon minutieuse les cas exceptionnels où il y avait lieu de permettre l'introduction des agents du pouvoir dans la maison des particuliers et les formalités qui devaient être observées dans ces cas.

Le mot *domicile*, que nous employons en cette matière, doit être entendu dans un sens très large et non dans le sens restreint que lui donne l'art. 102 du Code civil. Ce mot *domicile* est ici synonyme de *maison* et s'étend aux maisons habitées ou destinées à l'habitation, que le maître y ait fixé ou non son véritable domicile. Peu importe encore que cette maison soit habitée par le propriétaire, le locataire ou le fermier ; elle est un asile inviolable pour celui qui l'habite à quelque titre que ce soit. Quant au mot *citoyen*, employé par

l'art. 184 du Code pénal et par quelques Constitutions, il nous semble également impropre et ne veut pas désigner uniquement, un Français jouissant des droits politiques, à l'exclusion de tout autre Français n'ayant pas, à proprement parler, la qualité de citoyen. La maison d'une femme veuve ou d'une fille, d'un mineur émancipé, d'un failli, est aussi inviolable que celle de tout citoyen ayant la plénitude de ses droits civils et politiques. Aussi préférons-nous les termes de la Constitution de l'an VIII, qui s'est exprimée fort justement en nous disant que : « la maison de toute « personne habitant le territoire français est in- « violable. » C'est en ce sens que nous devons comprendre le principe de l'inviolabilité du domicile.

On s'est demandé si ce principe s'appliquait également aux étrangers habitant le territoire français et si leur domicile était inviolable. On a objecté que l'inviolabilité du domicile ayant été assurée aux Français en vertu de dispositions de droit public, ne saurait être accordée aux étrangers ; que le mot *citoyen* employé par le Code pénal qui peut à la rigueur comprendre tous les Français sans distinction de ceux qui jouissent des droits politiques ou privés, ne peut en aucune façon s'étendre aux étrangers.

Ces raisons ne me satisfont pas et je pense avec M. Serrigny, que le domicile de toute personne française ou étrangère doit être également inviolable (1). Je suis d'accord en cela avec les termes de la Constitution de l'an VIII et de la Constitution de 1848.

Certainement les étrangers ne jouissent pas en France de tous les droits attachés à la qualité de Français. Leur liberté peut jusqu'à un certain point recevoir quelques restrictions ; mais je ne pense pas qu'il soit possible de s'introduire dans la maison d'un étranger en France sans observer les formalités prescrites pour les Français. Les étrangers sont soumis comme tout le monde aux lois de police et de sûreté ; mais lorsqu'ils sont en France ils ont droit également à la protection de nos lois et doivent bénéficier de la sécurité qu'elles accordent aux personnes et à leur domicile. Ils doivent jouir de cette sécurité, comme ils jouissent de la garantie sociale pour leurs propriétés.

(1) M. Serrigny : Droit public des Français, t. 1^{er}, p. 407.

CHAPITRE II

DE L'INVOLABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LA NUIT

Le domicile de tout citoyen est inviolable d'une manière absolue pendant la nuit, et nous ne trouvons que quelques rares exceptions à ce principe, nécessitées par des circonstances impérieuses et facilement justifiables. On comprend les motifs qui ont poussé nos législateurs à restreindre à un petit nombre de cas exceptionnels, le droit pour les agents de l'autorité de s'introduire dans la maison d'un particulier pendant la nuit. Ne doit-on pas en effet éviter de venir troubler le repos des citoyens ; et n'y aurait-il pas lieu de craindre en autorisant les perquisitions de nuit, que l'on favorisât les entreprises des malfaiteurs, qui usurpant la qualité d'agents de l'autorité et revêtant leurs insignes et leurs costumes, pourraient ainsi pénétrer la nuit dans les habitations des particu-

liers, et y commettre des crimes plus faciles que pendant le jour.

Aussi, nul n'a le droit d'entrer pendant la nuit dans la maison d'un citoyen, que dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison (1).

Mais que faut-il entendre par la nuit ? Quand commence-t-elle, quand finit-elle ? La nuit est l'espace de temps pendant lequel le soleil reste au-dessous de l'horizon. La nuit comprend donc l'espace de temps que l'on va du coucher au lever du soleil. Ce moment précis du coucher et du lever du soleil qui varie tous les jours de l'année, est déterminé scientifiquement pour chaque jour par des observations astronomiques ; mais en notre matière, pour distinguer le temps de jour du temps de nuit, on n'a pas suivi ces données scientifiques, comme présentant de trop grandes difficultés d'observation dans la pratique.

Le temps de nuit, relativement au droit de pénétrer dans les maisons particulières a été réglé ainsi qu'il suit par le décret du 4 août 1806 : « Le
« temps de nuit, où l'art. 131 de la loi du 28 ger-
« minal, an VII, défend à la gendarmerie d'entrer

(1) Constitution de l'an III, art. 359 ; — Constitution de l'an VIII, art. 76 ; L. du 28 germinal, an VI, art. 131 ; — Ordon. du 29 oct. 1820 ; Art. 184, Code pénal.

« dans les maisons des citoyens, sera réglé par
« les dispositions de l'art. 1037 du Code de procé-
« dure civile. » En conséquence, il est défendu
d'entrer dans les maisons particulières depuis le
1^{er} octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du
matin et après six heures du soir ; et depuis le 1^{er}
avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures
du matin et après neuf heures du soir.

Cette réglementation du temps de nuit a été re-
produite par l'ordonnance du 29 octobre 1820 et
par le décret du 1^{er} mars — 11 avril 1854 sur
l'organisation de la gendarmerie, qui est encore
en vigueur :

« Art. 291. La maison de chaque citoyen est un
« asile où la gendarmerie ne peut pénétrer sans se
« rendre coupable du délit d'abus de pouvoir, sauf
« les cas déterminés ci-après :

« 1^o Pendant le jour elle peut y entrer pour un
« motif formellement exprimé dans une loi ou en
« vertu d'un mandat spécial de perquisition dé-
« cerné par l'autorité compétente ;

« 2^o Pendant la nuit, elle peut y pénétrer dans
« le cas d'incendie, d'inondation ou de réclama-
« tion, venant de l'intérieur de la maison. Dans
« tous les autres cas, elle doit prendre, seulement
« jusqu'à ce que le jour ait paru, les mesures in-
« diquées aux articles suivants.

« Le temps de nuit est ainsi réglé : Du 1^{er} octobre au 31 mars, depuis six heures du soir jusqu'à six heures du matin ; du 1^{er} avril au 30 septembre, depuis neuf heures du soir jusqu'à quatre heures du matin. »

En Angleterre, on n'a pas suivi le même système que chez nous pour distinguer le temps de nuit du temps du jour. Il est réputé être nuit lorsque l'aube ou le crépuscule ne permet pas de distinguer la face d'un homme (*to discern a man's face, though the sun to be set or not risen*).

Du reste cette réglementation du temps de jour et du temps de nuit est spéciale à notre matière, à l'inviolabilité du domicile.

C'est ainsi que d'après la loi du 22 mars 1841, sur le travail des enfants dans les manufactures, la nuit est uniformément comprise entre neuf heures du soir et cinq heures du matin.

Quelquefois la loi ne détermine pas le temps de nuit. Tel est le cas de l'art. 201 du Code forestier qui double la peine, si un délit a été commis pendant la nuit. La loi du 3 mai 1844 défend de chasser pendant la nuit. Dans ces deux cas, la jurisprudence décide ordinairement que la nuit comprend l'espace de temps qui s'étend du coucher au lever du soleil.

Nous avons vu que la maison d'un particulier

était inviolable pendant la nuit et que nul n'avait le droit d'y pénétrer si ce n'est dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison ; mais ces dispositions ne s'appliquent qu'aux maisons particulières et non pas aux maisons qui peuvent être considérées comme maisons publiques, où tout le monde peut entrer indistinctement.

C'est en ce sens que s'exprime la loi du 19-22 juillet 1791 :

« A l'égard des lieux où tout le monde est admis
« indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques et autres, les officiers de police pourront
« toujours y entrer, soit pour prendre connaissance des désordres ou des contraventions aux
« règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la
« salubrité des comestibles et médicaments. »
(art. 9, — tit. I).

« Ils pourront aussi entrer en tout temps dans
« les maisons où l'on donne habituellement à jouer
« des jeux de hasard, mais seulement sur la désignation qui leur en aurait été donnée par deux
« citoyens domiciliés.

« Ils pourront également entrer en tout temps
« dans les lieux livrés notoirement à la débauche. »
(art. 10, — tit. I^{er}).

Ces expressions *toujours, en tout temps*, employées par la loi de 1791 attribuent aux officiers de police le droit d'entrer même pendant la nuit dans les maisons ouvertes au public. C'est en ce sens que la Convention avait compris ces termes, ainsi qu'il résulte du décret du 24 septembre 1792.

Toutefois nous devons considérer, que si d'après la loi de 1791 sur la police municipale et correctionnelle, les officiers de police peuvent pénétrer même pendant la nuit, dans les cafés, les cabarets, boutiques, etc., ils ne le peuvent que lorsque ces lieux sont encore ouverts, et pendant le temps seulement où le public peut y entrer. Cela ressort clairement des termes mêmes de la loi : « *A l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement.* Il serait étrange de supposer que le droit de visite de ces officiers pendant la nuit put être la conséquence de l'admission du public pendant le jour. C'est donc lorsque le lieu est ouvert à tout le monde, que la loi a voulu qu'il fût également ouverts aux officiers publics. La Cour de Cassation a consacré cette interprétation par un arrêt du 19 novembre 1829 rendu sur les conclusions du procureur général Mourre.

Par un autre arrêt du 13 novembre 1841, la Cour de Cassation décidait encore que les officiers de police ne pouvaient entrer dans les cafés, cabarets

et autres lieux publics de ce genre pour y prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements, que pendant leur ouverture légale et de fait ; que, lorsque ces lieux de réunion sont réellement fermés, après la clôture prescrite par l'autorité municipale, les personnes qui les exploitent doivent jouir du repos assuré aux autres citoyens ; qu'en cas de fraude, les agents de police peuvent la constater extérieurement, sans qu'il soit besoin d'en forcer les portes, à moins qu'il n'y ait réclamation de l'intérieur, ou autres cas exceptionnels prévus par les lois (1).

Cette jurisprudence si respectueuse de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile offrait aux cabaretiers et autres individus tenant des lieux publics, un moyen facile d'éluder les règlements de police. Il leur suffisait, en effet, de tenir les portes fermées pour pouvoir conserver des buveurs ou consommateurs, dans leur maison, durant la nuit entière.

Il est vrai que les agents pouvaient constater les contraventions quand elles se manifestaient au dehors, comme par exemple lorsqu'ils entendent jouer au billard ; mais s'il n'y a que des présomptions quoique graves, résultant par exemple de ce

(1) Cass. 13 nov. 1841. (J. du P. 1842, 2, 483).

que les agents voient de la lumière dans le café et entendent parler plusieurs personnes, comment pourront-ils, sans entrer, dresser un procès-verbal faisant preuve ?

La Cour de Cassation sentit que sa jurisprudence donnait lieu à une fraude trop facile et par un arrêt du 17 novembre 1860, confirmé par un autre arrêt du 22 novembre 1872, elle décida que lorsqu'un cabaretier ou tout autre propriétaire d'un lieu public, conserverait des clients après l'heure où son établissement devrait être fermé, les agents de l'autorité pourraient y pénétrer, quand même les portes en seraient fermées, pour y constater la contravention qu'ils supposaient. Elle reconnaît que les agents de police ne peuvent pénétrer dans l'établissement fermé après l'heure réglementaire, dans le seul but de le visiter pour voir s'il n'y a pas une contravention quelconque ; mais qu'il en est autrement lorsqu'ils constatent de l'extérieur, des circonstances d'où résulte une grave présomption d'infraction à la défense de recevoir ou retenir des buveurs après l'heure fixée.

Par ce fait seul qu'une contravention est commise dans un cabaret ou autre lieu semblable, l'officier de police a le droit d'y pénétrer, pour la constater, quoique la porte soit fermée. Les con-

sommateurs qu'il y trouve sont une preuve suffisante que le public y était admis. L'officier municipal n'a donc à craindre de commettre une violation de domicile qu'autant qu'il pénétrerait dans la maison sans avoir la certitude qu'il s'y trouve encore une portion du public.

Si c'est le maître de l'établissement qui consent à ouvrir sa porte à l'officier de police, il est évident qu'il ne peut être question dans ce cas de violation de domicile.

Ce que nous venons de dire relativement aux cafés, cabarets et auberges s'appliquent également aux maisons de jeux et aux lieux de débauche, où les agents de l'autorité peuvent entrer *en tout temps*, de jour et de nuit pour y constater les contraventions qui pourraient y être commises. Ils peuvent y entrer quand même les portes en seraient fermées, si ces maisons sont encore ouvertes au public, ou si même l'heure réglementaire de leur fermeture étant sonnée, les agents avaient des présomptions sérieuses qu'il s'y trouvait encore une portion de public.

Nous trouvons une autre restriction au principe de l'inviolabilité du domicile la nuit, relativement aux brasseries et aux distilleries. Cette restriction est justifiée par la nécessité où l'on se trouve de réprimer la fraude, qui serait trop

facile, si les employés des contributions indirectes ne pouvaient surveiller, même pendant la nuit, les opérations des brasseurs et distillateurs.

« Les visites et exercices pourront être faits la nuit dans les brasseries et distilleries, lorsqu'il résultera des déclarations que ces établissements sont en activité » (1).

Les brasseurs et distillateurs sont tenus, chaque fois qu'ils veulent mettre le feu sous leurs chaudières, d'en faire la déclaration aux employés des contributions indirectes, en indiquant le numéro et la contenance des chaudières qu'ils veulent employer et l'heure de la mise à feu sous chacune ; l'heure de l'entonnement de chaque brassin, le moment où l'eau sera versée sur les marcs, etc. Les employés des contributions indirectes ont le droit d'assister à ces diverses opérations pour en contrôler la régularité et empêcher la fraude. Si donc ces opérations se font pendant la nuit, les employés des contributions indirectes peuvent obliger les brasseurs et distillateurs à leur ouvrir leurs portes pour qu'ils puissent y assister et exercer leur surveillance ; mais, ainsi que l'indiquent ces mots, « lorsqu'il résultera des déclarations que ces établissements sont en activité »,

(1) Loi 28 avril 1816 sur les contributions indirectes, art. 235.

les employés des contributions indirectes ne peuvent pénétrer la nuit dans les brasseries ou distilleries que dans les seuls cas où les travaux de fabrication sont en activité.

Si les opération de fabrication ayant commencé dans la journée ne sont pas terminées pour la nuit, les employés des contributions indirectes ayant le droit d'assister à toutes les opérations, depuis le commencement jusqu'à la fin, ne sont pas obligés de se retirer et peuvent prolonger leur visite pendant la nuit.

L'article 235 de la loi de 1816 accordait en outre aux employés des contributions indirectes le droit de faire leurs visites et exercices chez les débitants de boissons pendant tout le temps que les lieux de débit étaient ouverts au public. Ils jouissent donc des mêmes droits que la loi de 1791 accorde aux officiers de police.

Les articles 615 et 616 du Code d'instruction criminelle semblent encore consacrer une exception au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. En effet, nous ne pouvons comprendre d'une autre façon les dispositions de ces articles qui prescrivent à tout juge de paix, tout officier du ministère public, tout juge d'instruction de se transporter d'office, ou sur l'avis qu'ils en auront reçu, dans le lieu où une personne est

illégalement détenue, et s'y transporter *aussitôt* et de faire mettre en liberté la personne détenue, sous peine d'être poursuivis comme complices de détention arbitraire.

A part ces exceptions, le domicile des citoyens est inviolable la nuit et aucun agent de l'autorité ne peut y entrer, soit pour procéder à une arrestation, soit pour y faire une perquisition ou y constater un délit quelconque.

Cependant en se basant sur l'article 36 du Code d'instruction criminelle, on a voulu soutenir, que lorsque un crime ayant été commis la preuve peut vraisemblablement être acquise par les papiers ou autres pièces et effets en la possession du prévenu, le procureur de la République devra se transporter de *suite* dans le domicile du prévenu, pour y faire la perquisition des objets qu'il jugera utiles à la découverte de la vérité. On a soutenu que ce mot « *de suite* », employé par le Code d'instruction criminelle autorisait le procureur de la République à procéder à sa perquisition aussi bien la nuit que le jour ; car souvent le transport de ce magistrat au domicile du prévenu ne pourrait être fait *de suite*, s'il fallait attendre que le jour fût venu (1).

(1) M. Carnot. Code inst. cr., art, 36.

Cette opinion a été repoussée avec raison par la plupart des auteurs. Les mots *de suite* insérés dans l'art. 36 du Code d'instruction criminelle, veulent dire que le transport du procureur de la République doit s'opérer le plus tôt possible, sans aucun retard, mais n'autorisent pas ce magistrat à opérer une visite domiciliaire la nuit. L'art. 36 du Code d'instruction criminelle n'a pas abrogé l'art. 76 de la loi de frimaire an VIII qui doit continuer à recevoir son exécution, tant qu'il n'y aura pas été dérogé par une disposition législative bien formelle. Ainsi donc, ni l'utilité d'une visite domiciliaire se présente le jour, on doit y procéder *de suite*. Si c'est la *nuit*, il faut attendre le jour pour l'exécuter.

Nous admettons cependant que lorsque la perquisition a été commencée de jour, on peut la continuer sans inconvénient la nuit. Ce qui constitue en effet la violation de domicile, c'est le fait de l'introduction dans la maison; c'est le trouble apporté par cette introduction.

Hormis ces cas spéciaux que nous venons d'énumérer, le domicile des citoyens est inviolable d'une façon absolue pendant la nuit, et tout agent de l'autorité qui, en dehors d'un de ces cas prévus spécialement par la loi, pénétrerait chez un citoyen, malgré lui, commettrait un abus de pou-

voir et encourrait la peine établie par l'art. 184 du Code pénal.

Cette observation du principe de l'inviolabilité de domicile pendant la nuit, peut présenter de grands inconvénients dans la pratique et c'est pourquoi nous voyons quelquefois les agents du pouvoir tentés de s'en affranchir.

Par exemple, on apprend qu'un prévenu contre lequel il y a mandat d'amener est réfugié chez lui. Il fait nuit, et l'on craint qu'avant le jour il ne trouve moyen de s'échapper. Ou bien une visite domiciliaire ayant été reconnue nécessaire pour la recherche de papiers ou autres effets d'une importance considérable, pour la découverte d'un crime ou d'un délit, on craint que celui en la possession de qui se trouvent ces papiers ou autres effets, ne profite de la nuit pour les faire disparaître ou les détruire. Certes dans ces deux hypothèses, il serait urgent que les officiers de police et de justice puissent pénétrer immédiatement, même la nuit, dans le domicile du prévenu pour s'emparer de sa personne ou des papiers et effets compromettants dont il serait possesseur ; mais la loi est formelle, et les agents de l'autorité plus que tous autres doivent en être les fidèles observateurs. Leur droit et leur devoir consisteront à sur-

veiller la maison jusqu'au jour ou à l'investir;
mais sans pouvoir y pénétrer (1).

(1) Art. 185 de l'ordon. 29 octob. 1820. — Art. 293 du décret du 1^{er} mars 1854.

CHAPITRE III

DE L'INVIOIABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LE JOUR

Le principe de l'invioiabilité du domicile qui est appliqué d'une façon si absolue pendant la nuit a reçu pendant le jour de plus nombreuses exceptions justifiées par des considérations d'ordre public.

Le droit pour les agents de l'autorité de pénétrer dans le domicile des citoyens pendant le jour présente moins d'inconvénients que pendant la nuit. Le dérangement du citoyen dans le domicile duquel on s'introduit pendant le jour est beaucoup moins grand ; son repos n'est pas troublé, et il lui est plus facile de constater ou de faire constater si ceux qui veulent entrer chez lui ont réellement ce droit. Il n'a pas pour ainsi dire à craindre de voir sa maison envahie par des personnes qui usurpant la qualité d'officiers publics y pénétreraient dans

un but de vengeance ou de cupidité, pour s'emparer de sa personne ou de ses biens.

Nous ne devons pas croire cependant que les agents du pouvoir peuvent quand il leur plaît, pénétrer arbitrairement dans la maison d'un citoyen, sous le moindre prétexte. Ce serait là, la négation du principe de la liberté individuelle; je dirai même plus, la négation de toute liberté.

Le domicile de tout citoyen est un asile inviolable où nul ne peut entrer contre son gré. Peu importe qu'il fasse jour ou qu'il fasse nuit; chaque citoyen doit trouver dans sa maison le repos auquel il a droit et la liberté d'y vivre tranquillement. Aussi le législateur a-t-il déterminé minutieusement les cas où le principe de l'inviolabilité du domicile devait fléchir devant des raisons d'ordre social et d'intérêt public. Il a établi spécialement et d'une façon restrictive quelle serait l'étendue du pouvoir des agents de l'autorité publique relativement à leur droit d'introduction dans le domicile des citoyens et a entouré ce droit de nombreuses formalités destinées à garantir les citoyens contre les abus de pouvoir des agents qui outrepasseraient leur droit.

La Constitution de l'an VIII nous dit que pendant le jour on peut entrer dans la maison d'un citoyen pour un objet spécial déterminé ou par une loi,

ou par un ordre émané d'une autorité publique, (art. 76). La Constitution de l'an III s'était exprimée en termes moins vagues, et laissait moins d'étendue à l'ordre émané de l'autorité publique.

« Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu
« qu'en vertu d'une loi, et pour la personne ou
« l'objet expressément désigné dans l'acte qui
« ordonne la visite. » (art. 359).

L'art. 184 du Code pénal, s'est surtout inspiré de l'esprit de cette constitution, en punissant la violation du domicile « hors des cas prévus par la
« loi et sans les formalités qu'elle a prescrites. » (1)

Il est évident que lorsque les cas où la loi permet l'introduction pendant la nuit, dans la maison des citoyens se présentent pendant le jour, les agents de l'autorité n'ont rien à craindre, et peuvent en toute sécurité pénétrer dans la maison où ils ont à exercer leurs fonctions.

Il serait assez difficile de faire une énumération complète des différentes restrictions qui ont été apportées au principe de l'invioiabilité du domicile pendant le jour. Le droit pour les agents de l'autorité de s'introduire pendant le jour dans les maisons des particuliers se présente dans des cas

(1) Junge. — l. 28 germinal an VI, art. 131 ; — ord. 29 oct. 1820, art 184 et 185 ; — décret du 1^{er} mars 1854, art. 291 et 293.

assez nombreux qui peuvent se rattacher aux divisions suivantes : 1° surveillance exercée par les agents de l'autorité publique pour prévenir les infractions aux lois de police ou de sûreté ; 2° recherche des crimes et délits ; 3° exécution des jugements ou condamnations ; 4° exécution des lois sur les contributions publiques.

Section I. — Surveillance exercée par les agents de l'autorité pour prévenir les infractions aux lois de police ou de sûreté.

Le droit des agents de l'autorité est réglé par la loi du 19-22 juillet 1791, tit. I^{er}, art. 8, 9 et 10.

« Nul officier municipal, dit l'article 8, commis-
« saire ou officier de police municipal, ne pourra
« entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est
« pour la confection des états ordonnés par les arti-
« cles 1^{er}, 2 et 3, et la vérification des registres des
« logeurs ; pour l'exécution des lois sur les con-
« tributions directes, ou en vertu des ordonnances,
« contraintes et jugements dont ils sont porteurs,
« ou enfin sur le cri des citoyens, invoquant de
« l'intérieur d'une maison le secours de la force
« publique. »

Dans les articles 9 et 10 la loi vise les lieux publics, c'est-à-dire ceux où tout le monde est admis indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques, etc. Nous avons vu plus haut que les officiers de police pourraient y entrer non seulement pendant le jour, mais même pendant la nuit, pendant tout le temps que le public y était admis, soit pour prendre connaissance des désordres ou contravention aux règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments, etc.

Il en est de même à l'égard des maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, lorsqu'elles sont désignées par deux citoyens domiciliés, et enfin à l'égard des maisons de débauche.

Section II. — Recherche des crimes et des délits.

§ 1. — Droit de perquisition des juges d'instruction.

Dans l'intérêt de la répression des crimes et délits qui pourraient être commis, on s'est vu dans la nécessité d'apporter une nouvelle restriction au principe de l'inviolabilité du domicile en accor-

dant au juge d'instruction le droit de faire des perquisitions dans le domicile des citoyens.

Ce droit de perquisition, qui confère au juge d'instruction le pouvoir exorbitant de s'introduire dans le domicile des citoyens, où il croit trouver des preuves du crime ou du délit qu'il est chargé de rechercher, est certainement une des plus graves atteintes qui puissent être apportées au principe que la maison de tout homme est un asile sacré et inviolable où personne ne peut entrer contre son gré. Ce droit de perquisition ne peut se justifier que par la nécessité absolue où se trouve la société de pourvoir à sa défense et de punir les criminels. Mais ce droit si exorbitant ne saurait se comprendre, que s'il est enfermé dans des limites parfaitement définies, et ne doit pas être un moyen d'oppression et d'arbitraire entre les mains des juges d'instruction. Il ne faut pas que ceux-ci sous le prétexte le plus futile, puisse entrer chez nous, saisir nos papiers, notre correspondance et pénétrer dans les secrets les plus intimes de notre vie privée.

Ce droit de perquisition est une exception au droit commun au principe constitutionnel qui a consacré l'inviolabilité du domicile. Il doit donc être resserré plutôt qu'étendu, et, je pense qu'il ne saurait se comprendre que dans les cas où son appli-

cation est indispensable à l'instruction des affaires criminelles ou correctionnelles. L'invioiabilité du domicile étant le principe général et le droit de perquisition l'exception, celui-ci ne peut être exercé que lorsque l'intérêt de l'instruction l'exige impérieusement, lorsqu'il est nécessaire d'y avoir recours pour arriver à la découverte de la vérité.

Le droit pour les juges d'instruction d'opérer des visites domiciliaires, résulte des art. 87 et 88 du Code d'instruction criminelle qui sont ainsi conçus :

« Art. 87. Le juge d'instruction se transportera, « s'il en est requis, et pourra même se transporter « d'office dans le domicile du prévenu, pour y « faire la perquisition des papiers, effets, et généralement de tous les objets qui seront jugés utiles à la manifestation de la vérité. »

« Art. 88. Le juge d'instruction pourra pareillement se transporter dans les autres lieux où « il présumerait qu'on aurait caché les objets « dont il est parlé dans l'article précédent. »

Le droit de procéder aux visites domiciliaires, n'appartient en principe, qu'au juge d'instruction. Les art. 87 et 88 du Code d'instruction criminelle n'ont accordé qu'à ce magistrat seul, hors le cas de flagrant délit, le pouvoir d'ordonner et de faire

les visites domiciliaires. La loi, en n'accordant en principe, le pouvoir de pénétrer dans le domicile des citoyens et d'y faire des recherches qu'au juge d'instruction seul, c'est-à-dire à un fonctionnaire inamovible et par suite réputé indépendant, a voulu apporter une nouvelle garantie au principe de l'inviolabilité du domicile.

Certes le pouvoir du juge d'instruction est exorbitant; mais qui mieux que lui saurait remplir cette fonction délicate. « Son caractère, dit M. Faustin Hélie, l'indépendance de ses fonctions, sa mission qui le place au-dessus des parties et lui défend de s'associer à leurs passions, tels sont les motifs qui lui ont fait conférer cette attribution, et telles sont aussi les garanties que la loi a voulu assurer à la liberté civile » (1).

Il suit de là que le juge d'instruction ne peut déléguer à sa place un juge de paix ou tout autre officier de police judiciaire pour procéder à une visite domiciliaire.

Les auteurs ne sont cependant pas tous d'accord sur ce point.

D'après MM. Bourguignon (1), et Legrave-rend (2), le juge d'instruction pourrait commettre

(1) Faustin Hélie : — Traité de l'inst. crim. t. IV, p. 389.

(1) M. Bourguignon : — Jurisp. crim. t. I, p. 195.

(2) M. Légraverend : — Législ. crim. t. I, p. 239.

le juge de paix ou tout autre officier de police judiciaire pour le suppléer dans une perquisition, lorsqu'elle doit avoir lieu dans son arrondissement. M. Serrigny est du même avis qu'eux et il justifie cette opinion en ces termes : « Je regarde
« comme constant que le juge d'instruction peut
« déléguer l'exercice de son droit de perquisition,
« mais seulement aux officiers de police auxiliai-
« res du procureur du roi. Je me fonde sur l'ar-
« ticle 52, qui accorde ce droit de délégation au
« Procureur du roi, et j'en tire un argument à
« *fortiori* pour dire que le juge d'instruction doit
« avoir le même droit. Le législateur a cru devoir
« décréter le droit de délégation en faveur du
« Procureur du roi à cause de la règle *Quæcun-*
« *que specialiter lege, vel senatus-consulto, vel*
« *constitutione principum tribuuntur mandata*
« *jurisdictione non transferuntur*. Mais il n'était
« pas nécessaire d'une disposition semblable pour
« le juge d'instruction parce qu'il est le magis-
« trat ordinaire du droit commun pour faire les
« visites domiciliaires ; il tient ce pouvoir du titre
« même de ses fonctions. Or, il est de principe *que*
« *ea quæ jure magistratus competunt mandari*
« *possunt* (1). »

(1) M. Serrigny : — Droit public, t. I, p. 415.

Cette opinion, admise par la jurisprudence, trouve encore un appui dans les motifs de deux arrêts, l'un de la Cour de Grenoble, l'autre de la Cour de Cassation, qui résument les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de ce système (2).

Malgré ces arguments et l'autorité des auteurs qui les ont présentés, je pense avec MM. Faustin Hélie, Carnot et Mangin que c'est là une erreur, et que le Code d'instruction criminelle n'a point autorisé le juge d'instruction à déléguer son droit de perquisition à un juge de paix ou à tout autre officier de police judiciaire, et qu'il doit procéder personnellement aux visites domiciliaires qui sont reconnues nécessaires.

Examinons donc les arguments de nos adversaires en faveur du droit de délégation et nous verrons qu'il nous sera facile de les réfuter.

Les articles 83 et 84 cod. inst. crim., nous disent, autorisent le juge d'instruction à déléguer un juge de paix pour entendre la déposition de témoins empêchés de comparaître. Ces articles simplement indicatifs consacrent le droit de délégation du juge d'instruction.

(2) Grenoble, 16 déc. 1840 (Journ. de droit crim. t. XIII, p. 122.) — Cass. 6 mars 1841 (D. 41, 1, 395).

Les art. 83 et 84 autorisent, il est vrai, le juge d'instruction à commettre dans certains cas un juge de paix, pour entendre la déposition d'un témoin, qui, soit pour cause de maladie, soit même pour tout autre motif dûment constaté, se trouve dans l'impossibilité de comparaître sur la citation qui lui a été donnée ; mais ces articles sont relatifs uniquement à l'audition des témoins, et je ne crois pas que ce droit de délégation qu'ils accordent au juge d'instruction, quand il s'agit d'une audition de témoins, puisse être étendu pour une perquisition. M. Legraverend nous dit bien que : « le droit de déléguer tient aux règles générales de la procédure criminelle (1) ; » mais cette formule quoique reproduite dans plusieurs instructions ministérielles ne nous semble pas exacte et ne repose sur aucun fondement sérieux (2).

Le droit de délégation en matière criminelle, doit être considéré comme une simple exception, et par suite, ne doit exister que là où il est spécialement autorisé par la loi. « On peut regarder comme une règle générale, dit Jousse, que les délégations n'ont pas lieu en matière criminelle,

(1) M. Legraverend : leg. crim., t. I, p. 285.

(2) Circul. du minist. de la just., des 19 avril 1811, 9 avril 1823, 16 août 1842.

« même en matière d'information (1) ». Il n'y avait d'exception à cette règle que quand cela était absolument nécessaire dans l'intérêt de la vérité. Les auteurs de Code n'ont admis le droit de déléguer les actes de l'instruction, que comme une exception relative à certains actes, et motivée par des circonstances imprévues. C'est ce qui résulte des procès-verbaux du conseil d'État, qui nous apprennent que primitivement, les rédacteurs du Code n'avaient pas cru devoir autoriser les juges d'instruction à déléguer aux juges de paix l'audition des témoins dans certains cas.

Les articles 83 et 84 du projet du Code disaient seulement : « Lorsqu'il sera constaté par le certificat d'un officier de santé que des témoins se trouvent dans l'impossibilité de comparaître sur la citation qui leur aura été donnée, le juge d'instruction se transportera en leur demeure pour recevoir leurs dépositions. Si les témoins résident hors de l'arrondissement du juge d'instruction, celui-ci requerra le juge d'instruction du lieu de leur résidence de se rendre auprès d'eux pour recevoir leurs dépositions ». La commission du Corps législatif fit à cet égard l'observation suivante : « La commission aperçoit un

(1) Jousse : t. III, p. 430.

« grand inconvénient à imposer au juge d'instruction la nécessité absolue de se transporter à la demeure des témoins qui se trouveront dans l'impossibilité de comparaître sur la citation même, quoique ce transport ne doive avoir lieu que sur l'arrondissement du tribunal du juge d'instruction. Il peut en résulter des voyages assez longs, selon l'étendue de ces arrondissements, dans les pays où, suivant les saisons, les voyages seraient pénibles. De là des pertes de temps et des dépenses considérables (1) ».

C'est à la suite de cette observation que l'on permit au juge d'instruction de déléguer un juge de paix pour l'audition des témoins. Mais les articles 83 et 84 n'ont accordé ce droit de délégation au juge d'instruction que lorsqu'il s'agit d'entendre des témoins et je ne pense pas que ce droit puisse être étendu d'une manière générale pour tous les actes d'instruction et notamment pour les perquisitions.

La délégation qui est parfaitement compréhensible quand il ne s'agit que d'une audition de témoins, ne saurait être admise quand il s'agit d'un acte d'instruction aussi grave qu'une perquisition.

(1) Locré: t. XXV, p. 324.

Comment admettre qu'un simple officier de police judiciaire ait le droit de s'introduire chez vous, de saisir votre correspondance, vos papiers, et de pénétrer les secrets de votre vie privée ? Trouverez-vous dans la présence d'un simple officier de police la même protection que dans la présence d'un juge ? Non, toute l'autorité et toute la confiance que peut inspirer la présence de ce magistrat est nécessaire pour rassurer le citoyen contre les vexations et l'arbitraire qui peuvent résulter des visites domiciliaires.

Les articles 87, 88, 89 et 90 du Cod. d'inst. crim., nous dit-on encore, qui déterminent la marche à suivre par le Juge d'instruction pour la perquisition des papiers, effets ou autres objets utiles à la manifestation de la vérité, ne lui interdisent pas de déléguer pour cette perquisition un ou plusieurs Juges de paix de son arrondissement.

Cet argument tiré du silence des textes ne nous touche pas beaucoup, et nous ne voyons pas très bien l'appui que viennent apporter ces textes au système que nous combattons. Il nous semble au contraire que le silence de ces textes est en faveur de notre opinion. Si ces textes sont muets sur le droit de délégation du Juge d'instruction, c'est que dans l'esprit du législateur ce droit n'existait pas et que le Juge d'instruction doit procéder en

personne aux visites domiciliaires qui lui paraissent utiles.

On nous a objecté encore que l'art. 52 du Code d'inst. crim., accordant au Procureur de la République, dans les cas de flagrant délit, le pouvoir de déléguer son droit de faire des perquisitions, même à l'officier de police judiciaire le moins élevé dans la hiérarchie, ce droit de délégation devait à plus forte raison appartenir au Juge d'instruction. Cet argument ne nous touche pas. Ce droit de faire des perquisitions n'appartient au Procureur de la République qu'en cas de flagrant délit, c'est-à-dire dans un cas particulier, où toutes les règles ordinaires de l'instruction sont suspendues.

De plus aux termes de l'art. 49, nous savons qu'en cas de flagrant délit, les auxiliaires du Procureur de la République peuvent d'office, faire les visites domiciliaires et autres actes qui sont de la compétence du Procureur de la République sans attendre qu'il leur délègue ses pouvoirs. Nous voyons donc que dans le cas de flagrant délit, le Procureur de la République en chargeant un de ses auxiliaires de faire des perquisitions chez le prévenu, ne fait en somme que lui déléguer un pouvoir dont cet officier auxiliaire était déjà investi. Mais ce droit de perquisition de la part du Procureur de la République et de ses auxiliaires

n'existe que dans le cas de flagrant délit, c'est-à-dire en cas d'urgence, quand la procédure ordinaire de l'instruction est suspendue, pour faire place à une procédure plus rapide nécessitée par les circonstances. Mais en dehors du flagrant délit le juge d'instruction seul a le pouvoir d'ordonner une perquisition, et nous ne voyons nulle part que la loi l'ait autorisé à se faire remplacer pour procéder à cette perquisition.

Les art. 83 et 84 n'autorisent la délégation de l'audition des témoins qu'au juge de paix seul. Si nous admettions l'argument tiré de l'art. 52, et si l'on étendait par analogie au juge d'instruction, les pouvoirs que cet article confère au Procureur de la République dans le seul cas de flagrant délit, il faudrait admettre que le juge d'instruction pourrait déléguer pour procéder à des visites domiciliaires, non seulement les juges de paix, mais aussi les autres officiers auxiliaires de la justice, tels que les commissaires de police et les officiers de gendarmerie. Cela est inadmissible ; car une perquisition est une mesure autrement grave que l'audition d'un témoin. Elle n'a pas seulement pour effet d'ouvrir les portes d'un domicile que la loi déclare inviolable, elle abandonne aux recherches la maison toute entière, tous les papiers domestiques, tous les secrets de la famille. L'officier de

police, dit M. Faustin Hélie, présente-t-il des garanties et une responsabilité suffisante pour rassurer ces intérêts ?

Il nous reste enfin à examiner le dernier argument de nos contradicteurs qui, quoique n'étant basé sur aucun texte, est peut-être celui qui milite le plus en faveur de leur doctrine et suffit à nous faire comprendre et même à justifier jusqu'à un certain point le système que nous combattons et qui est soutenu par une jurisprudence constante. Cet argument est basé sur des nécessités pratiques et se justifie par l'intérêt général d'assurer le bon fonctionnement du service judiciaire. Comment, nous dit-on, fera le Juge d'instruction si plusieurs crimes ou délits nécessitant des perquisitions se sont commis sur différents points de son arrondissement éloignés les uns des autres ? Il ne pourra se dédoubler et être à la fois partout, et cependant il peut y avoir urgence à ce que des perquisitions aient lieu immédiatement dans ces différents endroits, dans un délai assez bref, pour empêcher la distraction des papiers ou autres objets pouvant servir à la manifestation de la vérité, permettant de découvrir l'auteur et les complices du délit ou du crime commis, ou d'établir la culpabilité des prévenus.

Cet argument a beaucoup perdu de sa valeur par

suite de la grande facilité des communications qui existe aujourd'hui. Du reste, la plupart des délits et des crimes commis permettent d'employer la procédure des flagrants délits, et dans ces cas le droit de perquisition appartient à tous les officiers de police judiciaire. Si, au contraire, on se trouvait en présence de délits non flagrants nécessitant des visites domiciliaires, le Juge d'instruction les fera successivement, et je pense que vu le peu d'étendue de chaque ressort il pourra y procéder assez rapidement pour que la justice n'en souffre pas.

Et du reste est-ce réellement un argument sérieux que d'alléguer l'intérêt du service pour justifier une infraction à des prohibitions légales, et pour porter atteinte aux garanties auxquelles nous avons tous droit. En refusant au Juge d'instruction le droit de déléguer pour les visites domiciliaires, le législateur a eu certainement autre chose en vue que d'assurer la facilité du service ; il s'est trouvé en présence de certaines nécessités sociales qu'il a voulu sauvegarder, et il a su ainsi concilier l'intérêt de la répression des crimes et délits avec l'intérêt de l'inviolabilité du domicile.

Nous pensons donc, que sauf l'exception résultant du cas de flagrant délit, le droit de procéder à une visite domiciliaire appartient au Juge d'ins-

truction seul et qu'il ne peut jamais déléguer ses pouvoirs à un officier de police judiciaire, pas même à un Juge de paix. C'est là une garantie nécessaire au principe de l'inviolabilité du domicile.

Dans le projet d'instruction criminelle qui est en discussion devant les Chambres, on décide en principe, que hors le cas de flagrant délit le Juge d'instruction peut seul opérer une perquisition. Toutefois dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice, on l'autorise à déléguer soit un de ses collègues, soit un Juge de paix, pour opérer la visite domiciliaire à sa place.

« Cette opération, si grave, est-il dit dans l'ex-
« posé des motifs, qui peut intéresser des tiers,
« exige chez celui qui l'exécute beaucoup de tact
« et de délicatesse. Comme toutes les mesures qui
« constituent une atteinte à la liberté des indivi-
« dus et à l'inviolabilité du domicile, elle ne doit
« être confiée qu'à des magistrats dont le carac-
« tère est à lui seul une garantie contre l'arbi-
« traire. »

D'après le projet d'inst. crim. la perquisition ne pourra être faite que par un magistrat de l'ordre judiciaire et en présence du propriétaire de la maison visitée, ou lui dûment averti. Le Juge d'instruction ne pourra déléguer qu'un juge ou un

Juge de paix pour le remplacer dans une visite domiciliaire. Un pareil droit ne pourra jamais hors les cas de flagrant délit, être délégué à un commissaire de police, ni à tout autre officier de police judiciaire.

Dans notre ancienne jurisprudence, quoique le principe de l'inviolabilité du domicile n'ait pas été proclamé, nous trouvons cependant quelques règles pratiques qui viennent restreindre le droit de perquisition au domicile soit du prévenu, soit des tiers. Jousse nous dit que les juges ne doivent permettre les visites domiciliaires que dans deux cas : « 1^o après une information qui donne quelque « preuve ou indice violent contre un accusé ; 2^o « en cas de flagrant délit, et cette permission ne « doit s'accorder que dans les grands crimes ou « crimes qualifiés (1). » — « *Judex debet esse* « *circumspectus ne talis perquisitio petatur prop-* « *ter odium, et ne concedat in domibus honesta-* « *rum personarum* (2). »

Ces règles, que nous voyons formulées d'une façon si nette et si précise dans notre ancienne jurisprudence, à une époque où pour ainsi dire la liberté n'existait pas, nous les retrouvons énon-

(1) Jousse. — T. II, p. 67.

(2) Guazzinus. — Def. XVI, n. 3.

cées dans nos lois. Il résulte en effet, des termes mêmes des art, 87, 88, 89 et 36, que le Juge d'instruction ne doit user de son droit de perquisition qu'avec la plus grande modération et seulement quand cette perquisition est jugée nécessaire à la découverte de la vérité.

Malgré les pouvoirs très larges que la loi reconnaît au Juge d'instruction, celui-ci devra toutefois observer certaines règles avant de procéder à des visites domiciliaires.

Pour qu'une visite domiciliaire puisse être ordonnée, il faut d'abord qu'il existe un crime ou un délit dûment constaté ; il faut ensuite qu'il existe un intérêt évident à ce que la perquisition ait lieu, parce que la preuve du crime ou du délit peut résulter de papiers ou autres effets qu'on suppose cachés au domicile du prévenu ou même au domicile d'un tiers.

« Les visites domiciliaires, dit Mangin, ne doivent être ni des mesures préventives destinées à comprimer des intentions qu'on suppose criminelles, ni des mesures de police administratives destinées à parvenir à la découverte des coupables que l'instruction n'a pas encore signalés. Des visites domiciliaires sont des actes d'instruction qui ne peuvent intervenir que dans une procédure formalisée à raison d'un délit com-

« mis, qui ne doivent avoir lieu que chez l'individu nommément prévenu de ce délit, et qui ne
« doivent être étendus à la maison des tiers qu'autant que les charges déjà acquises donnent à
« présumer que des objets relatifs à ce délit y ont
« été cachés (1). »

Pour qu'une visite domiciliaire puisse être ordonnée, il faut donc : 1^o qu'il y ait un crime ou un délit constaté ; 2^o qu'il y ait un *prévenu*, c'est-à-dire une personne qui soit fortement présumée être l'auteur de ce crime ou de ce délit ; 3^o qu'il y ait de graves présomptions que des effets utiles à la manifestation de la vérité soient en la possession du prévenu ou cachés chez des tiers. Tel est l'esprit de la loi.

Ce sont là de précieuses garanties apportées au principe de l'inviolabilité du domicile.

Les perquisitions doivent être faites en présence du prévenu s'il a été arrêté : et s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé de pouvoir qu'il peut nommer (art. 30, c. inst. cr.). Il en était de même dans notre ancien droit : « Pour faire
« cette perquisition, dit Jousse, le Juge doit se
« transporter en la maison de l'accusé avec le
« greffier, et pour faire une procédure exacte, il

(1) Mangin. — De l'inst. écrite, t. I, p. 147.

« doit y faire conduire l'accusé, pour faire, en sa
« présence, la description des effets, et si l'accusé
« était absent ou en contumace, cet examen doit
« être fait en présence de la partie publique (1). »

Si la visite à lieu chez un tiers, on appliquera également la règle de l'art. 39, et le tiers dans le domicile duquel la visite est faite, devra être invité d'y assister. Il pourra, comme le prévenu, se faire représenter par un fondé de pouvoir, on comprend parfaitement la nécessité d'inviter le propriétaire à assister à la perquisition qui est faite chez lui. Il a un droit évident à y assister afin qu'il puisse surveiller les opérations, sauvegarder ses propres effets et défendre ses intérêts personnels.

Le Juge d'instruction, peut user de tous les moyens que la loi met à sa disposition, pour mener à bien la perquisition à laquelle il procède et pour arriver à la saisie des effets nécessaires à l'instruction du crime ou du délit qu'il est chargé d'instruire. Assisté du Procureur de la République, il peut faire forcer les portes de la maison, des appartements et des meubles qu'on refuse de lui ouvrir.

(1) Jousse. — T. II, p. 62.

« Mais la délicatesse, dit M. Mangin, la probité
« même, lui commandent de respecter les secrets
« de la vie domestique, d'éviter les recherches qui
« pourraient les lui révéler, lorsqu'ils ne se rat-
« tachent point au procès ; elles lui imposent une
« discrétion absolue sur ce que malgré lui il a pu
« en découvrir. Une sorte de pudeur doit le diri-
« ger dans toutes ses démarches et l'avertir de ce
« dont il doit s'abstenir. Il ne doit associer à ses
« investigations ni le Procureur du Roi, qui n'est
« là que pour requérir, ni le greffier, qui n'a de
« mission que pour écrire sous la dictée le procès-
« verbal, ni les agents de la force publique, lors-
« que leur assistance n'est pas nécessaire (1). »

On s'est demandé si un Juge d'instruction pouvait faire des perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou d'un avoué, dans l'étude d'un notaire.

Si un avocat ou un avoué était prévenu personnellement d'un crime ou d'un délit, nul doute qu'il ne soit permis au juge d'instruction de faire des investigations dans son cabinet et d'y saisir les papiers et autres effets pouvant constituer une preuve de sa culpabilité. Toutefois le magistrat chargé de cette perquisition devra agir avec une

(1) Mangin. — De l'inst. écrite, t. I, p. 153.

grande prudence. Il ne devra pas oublier que parmi les papiers de l'avocat ou de l'avoué contre lesquels il est chargé d'instruire, il peut trouver certaines pièces d'où peuvent dépendre l'honneur d'une famille ou le salut d'un accusé et qu'il ne peut user d'un secret qu'il aurait ainsi surpris.

S'il s'agit d'une poursuite exercée contre un tiers, nous admettons la distinction établie par M. Faustin Hélie. Si la prévention a pour objet des faits étrangers à l'exercice de la profession de l'avocat ou de l'avoué, le juge pourra procéder à toutes les perquisitions et à toutes les saisies qu'il croira nécessaires. Le droit commun sera applicable dans toute sa rigueur. Si au contraire, il s'agit de rechercher et de saisir les lettres et papiers déposés chez l'avocat ou l'avoué à titre confidentiel, dans l'intérêt de la défense du prévenu, la perquisition ne peut être permise.

Quoique la loi soit muette et ne déclare nulle part que le cabinet d'un avocat ou d'un avoué soit plus sacré est plus inviolable que le domicile de tout autre citoyen, nous adoptons cependant cette distinction qui s'impose et se justifie par la mission confidentielle dont est investi l'avocat et l'avoué, et qui les oblige à garder le secret le plus absolu sur les faits qui leur sont révélés par les

parties, secret tellement impérieux que la justice elle-même ne peut les en délier. Mais que deviendrait ce secret, si le juge d'instruction, ayant connaissance que l'avocat possède chez lui des pièces importantes qui lui auraient été remises par le prévenu qu'il est chargé de défendre, avait le droit de venir saisir ces pièces dans le cabinet de l'avocat ? N'y aurait-il pas là une anomalie. Ne pouvant obliger l'avocat à révéler les confidences orales qui lui auraient été faites il aurait le droit de s'emparer des confidences écrites ? Le prévenu ne serait-il pas exposé chaque jour à être la dupe de la confiance qu'il a mise en son défenseur ? « Il est évident, ainsi que le dit M. Faustin Hélie, que le principe qui soustrait l'avocat à l'obligation du témoignage ne peut être restreint au témoignage de sa parole ; il est évident que son cabinet doit être à l'abri des recherches qui auraient pour objet de découvrir les indices où les preuves des délits imputés à ses clients » (1).

Les notaires ont revendiqués les mêmes droits que les avocats et les avoués, en établissant que souvent aussi. par suite de leurs fonctions, ils sont les conseils et les dépositaires des secrets des famil-

(1) Faustin Hélie, *Inst. crim.*, t. II, p. 414.

les. Je ne pense pas qu'il faille établir en faveur des notaires la même distinction que nous avons établie en faveur des avoués et des avocats. Je ne puis admettre que le dépôt confidentiel d'une pièce de conviction chez un notaire puisse arrêter les recherches de la justice. Si cela a pu être admis pour les pièces qui ont été remises par un prévenu à son avoué ou à son avocat, cela se justifie par la faveur dont doit jouir le droit sacré de la défense ; mais cette exception ne peut être étendue aux notaires, dont la profession ne les appelle pas à exercer cette défense. Rien ne s'oppose donc à ce que le juge d'instruction puisse procéder à une perquisition chez un notaire, chez lequel il suppose cachées des pièces pouvant éclairer la justice sur le crime ou le délit qu'il est chargé d'instruire ; mais il va sans dire qu'il devra observer en cette circonstance la plus grande prudence.

§ 2. — Droit de perquisition du Procureur de la République et de ses auxiliaires en cas de flagrant délit.

Si le droit de procéder à des visites domiciliaires appartient en principe au juge d'instruction seul, il est des cas où ce droit peut également être exercé par d'autres.

« Dans tous les cas de flagrant délit, porte l'article 32 du Code d'instruction criminelle, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur de la République se transportera sur le lieu sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été présentes ou qui auraient des renseignements à donner. Le procureur de la République donnera avis de son transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de l'attendre pour procéder ainsi qu'il est dit au précédent chapitre ».

« Art. 36. — Si la nature du crime ou du délit est telle que la preuve puisse vraisemblablement être acquise par les papiers ou autres pièces et effets, en la possession du prévenu, le procureur de la République se transportera de suite dans le domicile du prévenu pour y faire la perquisition des objets qu'il jugera utiles à la manifestation de la vérité ».

Ces articles confèrent donc au procureur de la République le droit de procéder à des visites domiciliaires ; mais ce droit est soumis à une double condition. Il faut : 1° qu'il s'agisse d'un fla-

grant délit ; 2° que ce flagrant délit soit de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante. C'est ce qui résulte de la combinaison de ces deux articles. L'article 36 n'étant que la suite et la conséquence de l'article 32. En l'absence d'une de ces deux conditions, le droit de visite domiciliaire du procureur de la République n'existe pas (1).

L'article 36 n'autorise le Procureur de la République qu'à pénétrer dans le lieu où le crime a été commis ou dans le domicile du prévenu, et même, pensons-nous, dans le domicile du prévenu de complicité, mais il ne pourrait, sans excès de pouvoir, faire une perquisition dans un domicile étranger où il croirait trouver quelques pièces de conviction. Le juge d'instruction seul est compétent sur la réquisition du procureur de la République pour opérer de pareilles visites (2).

Ce droit de perquisition qui appartient au Procureur de la République dans le cas de flagrant délit, appartient également aux officiers de police judiciaire, ses auxiliaires, ainsi qu'il résulte des art. 48, 49 et 50 du Code d'inst. crim., qui en cas

(1) Besançon, 18 juillet 1828 (D. 29 — 2 — 206).

(2) M. Carnot. — Inst. crim., t. I, p. 238. — M. Legraverend : Législ. crim., t. I, p. 180. — M. Faustin Hélie : Inst. crim. t. III, p. 498.

de flagrant délit leur accordent le droit de faire
« les visites et les autres actes qui sont de la com-
« pétence des Procureurs de la République. »

Le Procureur de la République peut aussi, dans les cas de flagrant délit, leur déléguer son droit de faire des perquisitions dans le domicile du prévenu (art. 52).

Le Juge d'instruction jouit également, en cas de flagrant délit, de toutes les attributions que la loi confère exceptionnellement aux Procureurs de la République : « Le Juge d'instruction, dit l'art. « 59 du Code d'inst. crim., dans tous les cas répu-
« tés flagrant délit, peut faire directement et par
« lui-même tous les actes attribués au Procureur
« de la République. » Il peut donc dans ce cas commencer l'instruction et procéder à des visites domiciliaires sans attendre la réquisition du ministère public. Dans ce cas il peut déléguer son droit de perquisition aux officiers de police judiciaire.

Ce que nous venons de dire dans le cas de flagrant délit, a lieu également lorsque un crime ou un délit ayant été commis dans l'intérieur d'une maison, il y a réquisition du chef de la maison. « Les attributions faites au Procureur de la Répu-
« blique, dit l'art. 46 du Code d'inst. crim., pour
« les cas de flagrant délit auront lieu aussi toutes
« les fois que, s'agissant d'un crime ou délit,

« même non flagrant, commis dans l'intérieur
« d'une maison, le chef de cette maison requerra
« le Procureur de la République de le constater. »
Les art. 49 et 50 du même Code étendent cette disposition aux officiers de police auxiliaires.

On comprend parfaitement cette disposition qui ne porte nullement atteinte au principe de l'invio-labilité du domicile. Il ne peut en effet, y avoir violation de domicile, lorsque l'on ne s'est introduit dans ce domicile qu'avec le consentement de celui qui en est le chef ou sur sa demande, comme dans le cas de l'art. 46.

Mais ainsi que le dit très bien M. Faustin Hélie, la réquisition du maître de la maison n'est pas nécessaire si des cris et des demandes de secours se sont fait entendre de l'intérieur d'une maison, même de la part d'une autre personne que du maître. Il peut y avoir flagrant délit dans l'intérieur d'une maison aussi bien que sur la voie publique. Les officiers de police judiciaire peuvent agir alors en vertu, non pas de l'art. 46, mais de l'art. 32 ; mais leur action est subordonnée aux règles qui sont relatives au flagrant délit (1).

(1) Faustin Hélie. — Inst. crim., t. III, p. 501.

§ 3. — Droit de perquisition des préfets dans les départements et du Préfet de police à Paris

Les préfets dans les départements, et le préfet de police à Paris, quoique ne pouvant être considérés comme officiers de police judiciaire, sont cependant, dans un intérêt de haute police, investis accidentellement des mêmes droits que ces officiers. C'est ce qui résulte de l'art. 10 du Code d'inst. crim. ainsi conçu :

« Les préfets des départements et le préfet de
« police à Paris pourront faire personnellement,
« ou requérir les officiers de police judiciaire,
« chacun en ce qui le concerne, de faire tous les
« actes nécessaires à l'effet de constater les crimes,
« délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs
« aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus. »

Cet article qui a été inséré dans le Code sur la demande de Napoléon a soulevé de grandes difficultés dans son interprétation. On s'est demandé quelle était en réalité l'étendue des pouvoirs des préfets. La jurisprudence de la Cour de Cassation leur accorde tous les pouvoirs des juges d'instruction. Elle leur accorde le droit de faire, tant au

domicile du prévenu que partout ailleurs, les perquisitions et saisies qu'ils jugent indispensables pour la manifestation de la vérité, et cela quelle que soit la nature du crime ou délit qu'ils recherchent, qu'il soit ou non flagrant.

« C'est vainement, dit la Cour, qu'on prétend
« établir une séparation entre la police judiciaire,
« qu'on convient appartenir au préfet de police,
« et l'instruction, qu'on soutient n'appartenir
« qu'au seul juge d'instruction. Cette distinction
« n'est pas fondée ; il n'est pas possible de conce-
« voir que la police judiciaire s'exerce sans ins-
« truction, de même qu'il n'est pas possible de
« concevoir que tout fonctionnaire ou magistrat
« qui prend part à l'instruction ne soit pas officier
« de police judiciaire (1) »

Je ne saurai en aucune façon adopter la jurisprudence de la Cour de Cassation, qui je crois a fait une confusion regrettable, en confondant la police judiciaire et l'instruction.

La Cour de Cassation s'appuie sur le chapitre du Code d'instruction criminelle, qui traite de l'instruction sous la rubrique « de la police judiciaire » et sur l'art. 8 qui déclare que « la police judiciaire

(1) Cass. ch. réun., 21 nov. 1853, (S. 1853-1-774).

« recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. » Elle en conclut que l'instruction et la police judiciaire ne peuvent être séparées, et que qui exerce l'une doit exercer l'autre. Il me semble que la confusion que la Cour de Cassation croit trouver dans le texte même de la loi, entre la police judiciaire et l'instruction, n'est qu'apparente, si l'on considère la manière dont notre Code a été rédigé et l'esprit qui y a présidé.

« Les fonctions des officiers de police judiciaire, disait-on au Conseil d'État lors de la discussion du projet d'instruction criminelle, appartiennent plus à la police qu'à la justice; elles ne conduisent qu'à donner des indices. » — « La section, disait M. Jaubert, distingue entre la justice et la police judiciaire. Son intention est de donner exclusivement la justice aux juges (1). »

C'est cette idée que notre Code a voulu exprimer; mais il ne faut pas oublier que le projet de Code avait été presque entièrement copié sur le Code de brumaire an IV, qui avait confondu la police judiciaire et l'instruction. Ce projet fut pres-

(1) Loaré : — t. XXV, p. 149 et 151.

que complètement abandonné à la suite des discussions auxquelles il donna lieu au Conseil d'État; mais par inadvertance, lors de sa rédaction définitive, quelques-uns des termes qui avaient été employés dans le projet, furent conservés quoiqu'ils ne fussent plus en conformité parfaite avec les nouveaux principes adoptés.

L'article 9, nous dit encore la Cour de Cassation, en classant les juges d'instruction parmi les officiers de police judiciaire semble encore confondre l'instruction et la police judiciaire. Je ne crois pas qu'on puisse tirer argument de la double qualité que possède le juge d'instruction, qui est à la fois officier de police judiciaire et magistrat instructeur, pour établir que son droit de procéder à l'instruction résulte de sa qualité d'officier de police judiciaire, et que la police judiciaire ne peut s'exercer sans l'instruction. Le juge d'instruction exerce deux fonctions absolument différentes. Il est magistrat instructeur et seul peut faire l'instruction; mais il est aussi officier de police judiciaire et cela se comprend parfaitement ainsi que nous l'explique très bien M. Faustin Hélie. « Il eut
« été étrange que le juge dont les officiers de po-
« lice judiciaire sont les instruments, ne pût lui-
« même remplir leurs fonctions et qu'il eût besoin
« de leur intermédiaire, lorsqu'il se trouve sur

« les lieux pour recevoir les plaintes, dresser les
« procès-verbaux et recevoir les déclarations des
« témoins. Il remplit donc les deux fonctions ; il
« est lorsqu'il y a lieu, officier de police judiciaire,
« mais il est seul chargé de l'instruction. »

Nous ne pouvons donc admettre la jurisprudence de la Cour de Cassation qui donne aux préfets des pouvoirs semblables à ceux des juges d'instruction. Cette jurisprudence constitue un danger pour la liberté civile et crée une source d'abus incompatibles avec nos principes de liberté individuelle et d'inviolabilité du domicile.

Quels sont donc les pouvoirs que l'article 10 a conférés aux préfets ? Ce sont ceux de simples officiers de police judiciaire. C'est du reste ce qui résulte des discussions qui eurent lieu au Conseil d'État à propos de cet article. On ne voulut pas placer les préfets parmi les officiers de police judiciaire parce que cela eût été en quelque sorte les soumettre au contrôle des procureurs généraux, ce qui eût été une source continuelle de conflits, comme ceux qui s'élevaient si fréquemment autrefois entre les cours souveraines et les intendants. Ces raisons furent admises et M. Treillard déclara qu'il ne voyait pas d'inconvénient à ce que l'on retranchât les préfets de la nomenclature des officiers de police judiciaire, pourvu que par d'autres

articles on leur en donnât les fonctions (1). C'est conformément à ces idées que fut rédigé l'article 10.

Les préfets, sans avoir le titre d'officier de police judiciaire en ont donc les attributions ; mais je ne pense pas qu'on puisse leur attribuer des droits plus étendus. A notre avis, ce ne serait que dans les cas de flagrant délit que les préfets pourraient procéder à des visites domiciliaires, et ce droit de perquisition ils ne pourraient l'exercer que dans la maison du prévenu ou de ses complices, le droit de perquisition dans les maisons des tiers étant réservé par l'article 88 du Code d'instruction, au juge d'instruction seul.

L'article 10 du Code d'instruction criminelle, constitue incontestablement une dérogation considérable aux principes du droit criminel, surtout si l'on admet l'interprétation que lui donne la Cour de Cassation. Cet article en conférant aux préfets des départements et au préfets de police à Paris ; c'est-à-dire à des fonctionnaires administratifs ne relevant que du Ministre de l'Intérieur, et ne répondant de leurs actes que devant lui, toutes les attributions des juges d'instruction quant à l'exercice de la police judiciaire, constitue un véritable

(1) Locré : — t. XXV, p. 203.

danger pour tous les citoyens. Le droit de porter atteinte à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile, dit M. Guillot (1), a déjà quelque chose d'effrayant, même quand il est exercé par les magistrats, et l'on ne peut concevoir que l'exercice de ces mêmes droits puisse être abandonné à un fonctionnaire, dont l'expérience et le caractère sont toujours assurément à la hauteur de son rôle mais qui est un personnage politique au premier chef dans la main du gouvernement.

Ce serait là une anomalie, une dérogation manifeste au principe de la séparation de l'ordre judiciaire et administratif. Il est difficile de comprendre aujourd'hui, que les préfets conservent des attributions qui ne doivent appartenir qu'à la justice. En fait l'article 10 n'a donné lieu en province qu'à des abus. Les préfets ne s'en sont guère servis dans l'intérêt de la sécurité publique, mais bien plus souvent dans un but politique, substituant arbitrairement leur action à celle de la magistrature en enlevant ainsi aux citoyens toute garantie d'impartialité et de modération.

L'article 10 devrait donc disparaître de notre Code ou tout au moins subir d'importantes modifications. C'est ce qui a été fait dans le projet de

(1) M. Guillot : — Principes du nouv. Cod. d'inst. crim., p. 116.

réforme du Code d'instruction criminelle, qui est actuellement en discussion devant les Chambres. D'après ce projet la police judiciaire serait enlevée aux préfets des départements ; mais elle serait conservée au préfet de police, qui n'aurait plus que les attributions des simples officiers de police judiciaire.

§ 4. — Droit de perquisition des gardes champêtres et forestiers.

Le droit de faire des perquisitions appartient encore dans certains cas et sous certaines conditions aux gardes champêtres, aux gardes forestiers et même aux gardes particuliers. C'est ce qui résulte des articles 16 et 20 du Code d'instruction criminelle et de l'article 161 du Code forestier.

Les gardes champêtres et les gardes forestiers, sont compétents pour la recherche des délits et contraventions de police qui ont porté atteinte aux propriétés rurales et forestières. « Ils suivront les « choses enlevées, dit l'article 16, dans les lieux « où elles auront été transportées et les mettront « en séquestre ». Mais leur compétence quant à la recherche de ces délits ou contraventions est toute territoriale. Ils ne peuvent exercer leurs fonctions que dans le territoire pour lequel ils ont

été assermentés. C'est ainsi que les gardes champêtres des communes ne sont compétents que sur le territoire de la commune ; les gardes des particuliers n'ont qualité pour dresser procès-verbaux pouvant légalement constater les contraventions et les délits, que dans l'étendue des propriétés qu'ils sont chargés de surveiller (1). De même les gardes forestiers ainsi que les gardes généraux ont une compétence limitée au territoire qui leur est assigné par leur commission et leur prestation de serment. Si donc des objets suivis par les gardes ont été transportés hors du territoire, dans les limites duquel ils sont compétents, ils doivent requérir l'assistance des gardes du lieu qui seuls auront le droit de saisir ces objets et de dresser procès-verbal.

Le droit de perquisition des gardes champêtres et forestiers a été renfermé dans de justes limites, qui ont pour but de garantir les citoyens contre les excès de zèle de ces agents, qui oublieraient peut être trop facilement le respect qui est dû au domicile privé. La loi ne les autorise à s'introduire dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos, qu'en présence soit du juge de paix, soit de son suppléant, soit du commissaire de police, soit du maire du lieu, soit de son ad-

(1) Cass. 4 mars 1828 (Journ. du P., t. XXI, p. 1239).

joint. Cette obligation pour les gardes de se faire accompagner par un officier public n'existe que quand il s'agit d'une perquisition à faire dans un domicile privé ou une dépendance de celui-ci.

Dans les usines, hangars et autres établissements autorisés en vertu des articles 151, 152, 154 et 155 du Code forestier, ils peuvent faire toutes perquisitions sans l'assistance d'un officier public, dit l'article 157 du Code forestier ; pourvu qu'ils se présentent au nombre de deux au moins, ou que l'agent ou le garde forestier soit accompagné de deux témoins domiciliés dans la commune.

Les gardes qui s'introduiraient dans le domicile d'un citoyen sans être accompagnés par l'un des fonctionnaires indiqués en l'article 16 du Code d'instruction criminelle, tomberaient sous le coup de l'article 184 du Code pénal ; mais encore faudrait-il pour qu'il y eût violation de domicile que l'introduction ait eu lieu contre le gré du propriétaire.

§ 5. — Exécution des mandats d'arrêt, dépôt, etc

Pour l'exécution des mandats dont ils sont porteurs, les agents de la force publique peuvent pénétrer dans le domicile de ceux contre lesquels

ces mandats ont été lancés pour y opérer leur arrestation. C'est ce qui résulte de la loi du 19 juillet 1791, titre IV, article 9, qui est conçu en ces termes : « Aucun agent de la force publique ne peut
« entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est
« pour l'exécution des mandements de police et de
« justice, ou dans les cas formellement prévus par
« la loi ». Nous voyons d'autre part que d'après l'article 75 du décret de 1881, le porteur d'un mandat d'arrêt doit le notifier à la dernière habitation du prévenu et dresser procès-verbal de la perquisition. Il est évident d'après les termes de cet article que la loi autorise le porteur de mandat à pénétrer dans la maison du prévenu ; car comment pourrait-il autrement dresser son procès-verbal de perquisition ? La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens, en s'appuyant sur les termes de l'article 98 du Code d'instruction criminelle qui déclare les mandats d'amener, de comparution, de dépôt et d'arrêt, exécutoires dans toute l'étendue du royaume (1).

(1) Cass. 12 juin 1834 (S. 1834 — 1 — 661).

Section III. — Exécution des jugements et condamnations.

Pour assurer l'efficacité des décisions judiciaires tant criminelles que civiles, la loi a dû permettre dans certains cas et sous certaines conditions, l'introduction dans la maison d'un citoyen, pour que le jugement prononcé contre lui puisse recevoir son exécution.

En matière de saisie-exécution sur les meubles, l'article 537 du Code d'inst. civ. décide que si les portes de la maison où l'huissier se présente, pour saisir sont fermées, ou si l'ouverture lui en est refusée, l'huissier ne pourra passer outre. Il pourra établir un gardien aux portes pour empêcher l'enlèvement des meubles et il se retirera sur-le-champ devant un officier public (le juge de paix, le commissaire de police, le maire ou l'adjoint) dont il requérera l'assistance, pour se faire ouvrir la porte de la maison dont on lui a refusé l'entrée. La présence d'un officier public est nécessaire quand il s'agit d'ouvrir de force le domicile d'un débiteur : « C'est là un fait, dit M. Boitard, « qui ne touche pas seulement à un intérêt privé, « mais qui concerne un intérêt général. Il s'agit

« de suspendre, à l'égard du débiteur, dans les
« cas exceptionnels où la loi le permet, un droit
« constitutionnel, l'inviolabilité du domicile ; la
« présence de l'huissier, organe des intérêts pri-
« vés, ne suffit pas. Il faut la présence d'un offi-
« cier public (1) représentant l'autorité elle-
« même. »

L'officier public sur le refus qui lui serait fait d'ouvrir les portes, pourra requérir la force armée pour les faire enfoncer.

Lorsqu'il s'agit d'une saisie-revendication, l'article 826 du Code de proc. civ. décide qu'elle ne pourra avoir lieu qu'en vertu d'une ordonnance du président du Tribunal de première instance, rendue sur requête et l'article 829 porte « que si
« celui chez lequel sont les effets qu'on peut re-
« vendiquer refuse les portes ou s'oppose à la
« saisie, il en sera référé au juge ; et cependant il
« sera sursis à la saisie, sauf au requérant à éta-
« blir gardien aux portes. » Dans le cas de saisie-revendication la loi a dû offrir plus de garantie contre une perquisition arbitraire. Elle n'a pas voulu que sous le prétexte qu'un meuble volé, perdu ou affecté au paiement d'un loyer devait se trouver

(1) — Boitard : leçons de proc. civi., p. 264.

chez telle ou telle personne, on pût facilement s'introduire dans sa maison pour y faire une perquisition et rechercher ce meuble.

La contrainte par corps a été supprimée en matière commerciale, en matière civile et même contre les étrangers par la loi du 22 juillet 1867. Elle a été exceptionnellement maintenue : 1° pour l'exécution des jugements et arrêts portant condamnation, au profit de l'Etat, à des amendes, restitutions et dommages-intérêts, en matière criminelle, correctionnelle ou de police ; 2° pour les arrêts et jugements contenant condamnation envers des particuliers pour réparation des crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice ; 3° pour le remboursement de frais de justice à l'Etat. (Loi 19 décembre 1871).

Dans les cas rares où l'on exerce encore la contrainte par corps on applique l'article 781 du Code de procédure civile qui défend d'opérer l'arrestation du contraignable dans une maison quelconque ou même à son domicile, à moins qu'il n'ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra, dans ce cas, se transporter dans la maison avec l'officier ministériel, ou déléguer un commissaire de police.

Lorsqu'il s'agit d'exécuter un jugement emportant condamnation à une peine afflictive ou infa-

mante, l'exécution en est confiée aux officiers du ministère public, qui ont sous leurs ordres les huissiers et autres agents de la force publique (loi des 16-24 août 1790, tit. 8, art. 5). Nous avons déjà vu à propos de l'exécution des mandats, que les agents de la force publique n'étaient pas tenus de se faire accompagner par un officier de police pour procéder à l'arrestation du prévenu chez lui ou chez le tiers chez lequel il a été réfugié. La même règle doit s'appliquer, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit de procéder à l'arrestation d'une personne en vertu d'un jugement.

Mais les agents de la force publique ne pourront dans ce cas, pas plus que lorsqu'ils sont chargés de l'exécution d'un mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt, procéder à l'arrestation du prévenu ou du condamné, et pénétrer dans le domicile où il est réfugié, qu'à condition d'exhiber les extraits de mandats ou de jugements dont ils sont porteurs (1).

(1) Décret du 1^{er} mars 1854, art. 292.

**Section IV. — Exécution des lois sur les
contributions publiques.**

§ 1^{er}. — Impôts directs.

Pour le recouvrement des impôts directs, on a recours aux mêmes actes de poursuites qui ont lieu en matière civile ; mais il nous reste à dire un mot d'une mesure qui heureusement a disparu de nos lois depuis 1877, et qui avait pour but d'obliger les contribuables à s'acquitter envers le Trésor pour échapper aux vexations dont ils pouvaient être l'objet. Je veux parler de la garnison soit collective, soit individuelle.

La garnison était collective lorsqu'elle avait lieu à la fois contre plusieurs contribuables retardataires par un seul garnisaire. Elle pouvait être exercée quel que fût le montant des cotes dont étaient débiteurs les contribuables huit jours après la sommation gratuite. Elle avait lieu par la simple remise d'un bulletin. Les frais résultant de ces formalités incombaient aux contribuables retardataires.

La garnison individuelle présentait de plus grands inconvénients. Elle était exercée contre un

seul redevable, par un garnisaire qui s'établissait dans son domicile. Elle ne pouvait avoir lieu que trois jours après la garnison collective. Toutefois le percepteur pouvait commencer ses poursuites par la garnison individuelle, mais seulement huit jours après la délivrance de la sommation gratuite.

Ces deux espèces de garnison étant facultatives pour le percepteur il pouvait à volonté appliquer l'une ou l'autre. N'était-ce pas là une porte ouverte à l'arbitraire, un moyen d'oppression entre les mains du percepteur et du préfet ?

« Ainsi donc, disait M. Hervé de Saisy, au Corps
« législatif, si l'infortune frappe un citoyen, si elle
« le réduit à ne pas pouvoir payer ses impôts, il
« peut être l'objet de deux mesures bien différen-
« tes, suivant que le percepteur et le préfet en au-
« ront ordonné, à leur bon plaisir, il pourra avoir à
« acquitter une nouvelle charge résultant des frais
« occasionnés par la signification du garnisaire
« collectif, ce qui est déjà très vexatoire et très
« inutile. Ou bien il pourra voir arriver chez lui le
« garnisaire même, qui frappera tout-à-coup à sa
« porte, fera irruption dans la chaumière ou dans la
« mansarde, et viendra insulter à sa misère, et
« pendant deux jours s'asseoir au foyer, à la table
« de cette famille dans la détresse, que la fin as-

« siège peut-être et qui n'a pas souvent un morceau de pain (1). »

La garnison individuelle était surtout une grave atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile et l'on ne comprend guère comment elle a pu exister si longtemps dans nos lois.

Par la loi du 9 février 1877, la garnison individuelle a été définitivement supprimée. La garnison collective a été remplacée par la sommation avec frais.

§ 2. — Impôts indirects.

Les employés des contributions indirectes, qui comme nous l'avons déjà vu, peuvent dans certains cas pénétrer pendant la nuit, dans le domicile de certaines personnes, peuvent y pénétrer de jour dans des cas beaucoup plus nombreux que nous allons examiner.

Certaines personnes sont, par leurs professions, soumises particulièrement aux visites et perquisitions des agents des contributions indirectes, tels sont les débitants, les marchands en gros, les distillateurs, les brasseurs, etc. Mais le droit de

(1) Journ. Off. du 4 août 1875.

perquisition des employés des contributions indirectes s'étend même en cas de suspicion, de fraude aux maisons des particuliers non sujets à l'exercice.

L'exercice a de tout temps suscité de nombreuses réclamations de la part des personnes qui y sont soumises. On en a souvent demandé la suppression. Ce vœu fut écouté en 1848, et le Gouvernement provisoire rendit un décret le 31 mars — 2 avril 1848, supprimant l'exercice dans les débits de boissons. Ce décret est précédé de motifs qu'il nous semble curieux de rapporter :

« Le Gouvernement provisoire, — considérant
« que le mode actuel de perception du droit sur
« les boissons est éminemment vexatoire et oné-
« reux ; — considérant que l'exercice est attenta-
« toire à la dignité des citoyens qui s'adonnent
« au commerce des boissons ;

« Considérant que la forme injurieuse de cet
« impôt constitue une excitation perpétuelle et
« comme une excuse à la fraude ;

« Considérant qu'il en résulte les plus graves
« dommages pour le commerce, pour l'industrie,
« pour la santé des travailleurs et même pour
« leur vie ;

« Considérant que cette forme d'impôt, léguée
« à la République par les trois derniers gouver-
« nements contre-révolutionnaires, est incompa-

« ble avec les nouvelles institutions politiques et
« sociales que la France veut fonder et maintenir;
« Voulaut introduire l'esprit de justice jusque
« dans la finalité, décrète, etc... (1).

Ce décret qui semblait donner satisfaction à toutes les réclamations qui s'étaient élevées contre l'exercice, ne tarda pas à susciter de nouvelles plaintes. Le gouvernement provisoire s'était proposé de supprimer l'exercice chez les débiteurs sans que pour cela le rendement de l'impôt en fut diminué ; mais il résulta de cette nouvelle mesure que les débiteurs seuls profitèrent du nouveau mode de perception et que les producteurs et consommateurs virent l'impôt s'élever pour eux au double, au triple, ou au quadruple. L'impôt fut suspendu dans certaines localités et complètement refusé dans d'autres.

Le décret du 31 mars fut abrogé par un nouveau décret du gouvernement provisoire, du 22 juin 1848 qui remit en vigueur l'ancienne législation.

On peut toujours adresser à l'exercice les mêmes critiques qu'on lui adressait en 1848 ; mais devant l'impossibilité où l'on se trouve de le remplacer par un système moins vexatoire on a dû le con-

(1) Décret 31 mars, 2 avril 1848 (D. 1848, 4, 63).

server. Toutefois on en a atténué les inconvénients par la facilité qu'on a donné aux débitants de s'en affranchir dans une certaine mesure, en leur permettant de recourir à l'abonnement.

Le droit de perquisition des employés des contributions indirectes dans le domicile des assujettis est absolu. Ils ont non seulement le droit de pénétrer dans les caves, boutiques, magasins, celliers ; mais même dans la maison particulière et le jardin y attenant. Ils peuvent se faire ouvrir les portes des chambres et toutes les autres dépendances du domicile des débitants ; et même, s'ils le demandent, les meubles qui seraient susceptibles de renfermer des boissons ou autres objets de fraude ou de contravention.

Tout obstacle qui serait apporté à leur droit de perquisition, serait considéré comme un refus d'exercice, et entraînerait contre son auteur une condamnation à une forte amende.

Lorsque les perquisitions ont lieu dans le domicile des personnes qui par leur profession sont soumises à la surveillance des agents de la régie, ceux-ci peuvent y procéder seuls, sans l'assistance et le concours d'un officier de police ; mais il n'en est plus de même lorsque la perquisition doit avoir lieu dans le domicile d'un citoyen non assujetti, soupçonné de fraude. Dans ce cas les règles géné-

rales qui protègent le domicile doivent reprendre leur empire.

On peut comprendre à la rigueur, le droit absolu des employés de la régie de procéder à des visites domiciliaires dans le domicile des assujettis. Ceux-ci, en effet, pour exercer leur profession, en ouvrant un débit, en fondant une brasserie, une distillerie, etc., ont en quelque sorte renoncé à l'invioiabilité de leur domicile. Ils se sont soumis à la surveillance continue que pouvaient exercer chez eux les agents des contributions indirectes et à leurs visites incessantes ; mais il n'en est plus de même pour les particuliers qui doivent toujours avoir droit aux garanties que leur assure le principe de l'invioiabilité du domicile.

L'art. 237 de la loi du 28 avril 1816, qui régit la matière, et qui autorise les employés de la régie à faire des visites en cas de soupçon de fraude, dans les maisons des particuliers non sujets à l'exercice, a subordonné ce droit de perquisition à deux conditions, dont le but est d'assurer le respect dû au domicile de tout citoyen.

Les employés de la régie ne peuvent pénétrer dans la maison d'un particulier non sujet à l'exercice, qu'en se faisant assister du juge de paix, du maire, de son adjoint ou d'un commissaire de police. De plus ces visites ne peuvent avoir lieu

que d'après l'ordre d'un employé supérieur, du grade de contrôleur au moins, qui rendra compte des motifs au directeur du département.

Ces deux conditions doivent être observées rigoureusement par les employés des contributions indirectes sous peine de nullité du procès-verbal qu'ils auraient pu dresser (1), et peut-être d'une poursuite pour violation de domicile.

Toutefois, ces deux conditions ne sont plus nécessaires lorsqu'il s'agit de marchandises transportées en fraude qui, au moment d'être saisies, seraient introduites dans une habitation pour les soustraire aux employés. Dans ce cas, la loi leur accorde le droit de suite et leur permet de pénétrer dans l'habitation où les marchandises ont été introduites, sans qu'ils aient besoin de se faire assister par un officier de police et sans attendre l'ordre d'un employé supérieur (art. 237).

§ 3. — Douanes.

Les employés des douanes peuvent procéder à des visites domiciliaires pour rechercher les marchandises qui auraient été introduites en contrebande;

(1) Cass. 16 avril 1818 (S. 1819, 4, 177). — Cass. 13 fév. 1819 (S. 1819, 4, 257). — Cass. 10 avril 1823 (S. 1823, 4, 276), etc.

mais il faut reconnaître que leur droit de perquisition dans le domicile des citoyens est bien restreint. Ils ne peuvent l'exercer dans les maisons situées soit en dedans, soit en dehors des limites du rayon frontière, que dans le seul cas ou poursuivant des marchandises frauduleuses de contrebande et autres, ils les auraient vu introduire dans ces maisons. Mais toutefois ils ne peuvent encore pénétrer immédiatement dans la maison où les marchandises ont été introduites, si on leur en refuse l'entrée. Ils devront requérir l'assistance d'un juge ou d'un officier municipal (le maire ou l'adjoint), ou enfin du commissaire de police. Ceux-ci seuls ont le droit de faire procéder à l'ouverture des portes de la maison.

Nous voyons donc que la loi a limité le droit pour les employés des douanes de faire des perquisitions dans le domicile des citoyens au seul cas de flagrant délit de contrebande et encore les préposés des douanes ne peuvent-ils procéder à la perquisition que s'ils ont suivi les marchandises et s'ils les ont vues au moment de leur introduction dans une maison (1).

On s'est demandé si les douaniers perdaient leur

(2) Loi 6 août 1791, tit. XIII (art. 35, 36, 37). — Loi 17 déc. 1814, art. 32. — Loi 28 avril 1816, art. 39.

droit de visite lorsque les marchandises frauduleuses avaient échappé un instant à leur regard depuis le moment où elles avaient été introduites en fraude dans le rayon frontière jusqu'au moment de leur introduction dans une maison. Si l'on prenait le texte de la loi de 1791 au pied de la lettre, il faudrait admettre l'affirmative ; mais la jurisprudence s'est montrée plus large avec raison, et me semble d'accord avec l'esprit de la loi. « Si
« l'article 36 de la loi du 6 août 1791, dit la Cour
« de Cassation, n'autorise les employés des doua-
« nes à faire des recherches dans les maisons si-
« tuées dans l'étendue de leur police, pour y saisir
« les marchandises de contrebande, que dans le
« cas où ils ne les auront pas perdues de vue et
« où ils seront arrivés au moment de leur intro-
« duction, il doit être entendu en ce sens que ces
« employés doivent s'occuper uniquement et ex-
« clusivement du moyen de parvenir à cette re-
« cherche et à cette saisie, sans se livrer à aucune
« autre opération, en sorte que si, tout en s'occu-
« pant ainsi de l'objet de leur recherche et, pour
« s'en emparer, ils l'ont momentanément perdu
« de vue par un fait ou une circonstance indépen-
« dante de leur volonté, la saisie qu'ils ont faite
« n'est pas moins conforme à la loi » (1).

(1) Cass. 23 oct. 1807 (Journ. du P., 1808, p. 326.

Il suffit, pour que le droit de visite domiciliaire des préposés des douanes existe, qu'ils aient vu l'introduction en fraude des marchandises, qu'ils les aient suivies et vu introduire dans une maison.

La loi de 1791, tit. XIII, art. 39 autorise les encore préposés des douanes à faire des perquisitions dans les maisons situées dans le rayon frontière où des entrepôts ont été formés pour la recherche des marchandises frauduleuses qu'ils soupçonnaient y avoir été déposées, quand bien même ils n'auraient pas vu l'introduction de pareilles marchandises dans ces maisons. Mais dans ce cas comme dans le précédent, ils devront toujours se faire assister d'un officier de police.

Enfin, ils ont encore le droit de procéder à des visites domiciliaires, avec l'assistance d'un officier de police, dans les maisons situées dans les villes et communes du rayon frontière et qui leur seraient indiquées comme recélant des cotons filés, des tissus et tricots de coton et de laine et de tout autre tissus de fabrique étrangère prohibés. (L. 28 avril 1816, art. 59 et 60).

CHAPITRE IV

DES PEINES ENCOURUES EN CAS DE VIOLATION DE DOMICILE PAR ABUS D'AUTORITÉ

La violation de domicile par abus d'autorité, constitue un délit qui tombe sous le coup de l'art. 184 du C. pén.

L'art. 184 a reçu plusieurs modifications importantes qui y ont été apportées par la loi du 28 avril 1832. Le texte primitif était ainsi conçu :

« Tout juge, tout procureur général ou du Roi,
« tout substitut, tout administrateur ou tout au-
« tre officier de justice ou de police, qui se sera
« introduit dans le domicile d'un citoyen hors les
« cas prévus par la loi et sans les formalités
« qu'elles a prescrites, sera puni d'une amende de
« seize francs au moins et de deux cents francs au
« plus. »

Cette sanction apportée au principe de l'inviolabilité du domicile était vraiment dérisoire. « Cet article avertit le dernier officier de police judiciaire, le dernier agent de la force publique, qu'il peut, sans formalités préalables, sans l'assistance de l'autorité supérieure, à toute heure du jour et de la nuit, s'introduire dans le domicile d'un citoyen, s'emparer de ses papiers, pénétrer dans ses secrets de famille, et cela au prix d'une amende de 16 francs, qui peut être portée à 200 francs, si le tribunal use de toute la rigueur de la loi : » (1).

La loi du 28 avril 1832, en modifiant l'art. 184, vient apporter une sanction plus efficace au principe de l'inviolabilité du domicile, assurer aux citoyens le respect dû à la sainteté de leur foyer, et les garantir contre les abus d'autorité, qui n'ont été que trop nombreux.

Le texte nouveau de l'art. 184 plus large dans ses termes comprend tous les agents de la force publique, dont quelques-uns seulement étaient visés par l'ancien article. Il est ainsi conçu : « Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout

(1) Discours de M. Charlemagne à la Chambre des députés, le 5 décembre 1831.

« commandant ou agent de la force publique, qui
« agissant en ladite qualité se sera introduit dans
« le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci,
« hors les cas prévus par la loi et sans les forma-
« lités qu'elle a prescrites, sera puni d'un empri-
« sonnement de six jours à un an et d'une amende
« de 16 francs à 500 francs, sans préjudice de l'ap-
« plication du second paragraphe de l'art. 114. »

Les gendarmes, qui ne sont pas officiers de police judiciaire, n'étaient pas compris dans l'ancien texte de l'art. 184. C'était là un oubli que la loi de 1832 a bien fait de réparer ; car les gendarmes peuvent aussi commettre le délit de violation de domicile par abus d'autorité, lorsque, par exemple, étant chargés de mettre à exécution un mandat d'arrestation ou un jugement portant condamnation à l'emprisonnement, ils ne remplissent pas les formalités prescrites par la loi.

Le délit de violation de domicile par abus d'autorité ne peut exister que lorsqu'il y a concours de ces trois conditions :

1° Il faut que le délit ait été commis par un fonctionnaire rentrant dans la catégorie des personnes énumérées dans l'art. 184, et qu'il ait fait valoir sa qualité d'agent du pouvoir et l'autorité de ses fonctions pour pénétrer dans la maison dont on lui refusait l'entrée. S'il n'avait pas invoqué sa

qualité, il n'y aurait pas alors violation de domicile dans le sens du premier paragraphe de l'art. 184, et il faudrait assimiler son action à celle d'un simple particulier. Il n'y aurait guère délit dans ce cas qu'autant qu'il se serait introduit à l'aide de menaces ou de violences ;

2° Il faut qu'il y ait eu introduction illégale dans le domicile d'un citoyen, c'est-à-dire introduction hors les cas prévus par la loi et les formalités qu'elle a prescrites ;

3° Enfin l'introduction doit avoir eu lieu contre le gré du propriétaire.

Quel sens faut-il donner à ces mots : « *contre le gré du propriétaire ?* » Faut-il pour que l'introduction ne constitue pas un délit que le propriétaire l'ait autorisée, ou suffit-il qu'il n'y ait pas eu d'opposition de sa part ?

Il ne peut y avoir violation de domicile, que si l'introduction dans la maison d'un citoyen a eu lieu *contre le gré de celui-ci*, c'est-à-dire contre sa volonté. S'il y a eu consentement même tacite, il n'y a pas de délit. Tel est l'esprit de la loi et c'est ce qui résulte de la discussion à laquelle donna lieu ces mots à la Chambre des députés en 1832.

Un député proposa de mettre dans l'article, au lieu des mots : « *contre le gré de celui-ci* » les mots suivants : « *sans l'autorisation de celui-ci* » ou

même « *sans le consentement exprimé de celui-ci.* » Cet amendement fut repoussé.

Toutefois il faut observer que le consentement soit tacite, soit exprès du propriétaire de pénétrer chez lui, doit être libre. S'il avait été extorqué par dol ou par fraude, il devrait être considéré comme non avenu et n'empêcherait pas l'agent coupable d'être poursuivi pour violation de domicile (1).

Mais quelle serait la validité d'un procès-verbal dressé à la suite d'une visite domiciliaire illégale ?

On a soutenu que la violation du domicile n'entraînait jamais la nullité du procès-verbal qui constate l'infraction et que si l'auteur peut être puni, à raison de son fait, son procès-verbal n'en subsiste pas moins et conserve tous ses effets.

La Cour de Cassation admet une distinction relativement à la validité des procès-verbaux faits au cours d'une visite domiciliaire, dans laquelle toutes les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées. En matière forestière, de même qu'en matière de contributions indirectes et de douanes, elle établit en principe que la présence du juge de paix, du maire ou de son adjoint ou du commissaire de police, dans les visites domiciliaires faites par les gardes forestiers, gardes champêtres,

(1) Rennes : arrêt du 9 déc. 1885.

préposés des douanes et agents des contributions indirectes, n'est prescrite que pour garantir la liberté individuelle des citoyens et pour assurer l'inviolabilité de leur domicile, et non pour faire concourir ce fonctionnaire à la constatation d'un délit, pour lequel le ministère des préposés est seul suffisant.

L'assistance des officiers municipaux ou commissaires de police, dit la Cour de Cassation, n'est qu'une mesure de sûreté pour les citoyens, laquelle est sans influence sur la validité des procès-verbaux. Le citoyen chez lequel un garde forestier, ou un préposé de douanes, se présente sans la présence d'un officier de police judiciaire, a le droit de s'opposer à toute visite et perquisition dans son domicile ; mais s'il ne s'y oppose point le procès-verbal qui en est la suite doit avoir tout son effet.

Si donc il n'y a pas eu opposition de la part du citoyen dans le domicile duquel des préposés des douanes ou des contributions indirectes ou bien des gardes forestiers veulent faire une perquisition sans l'assistance d'un officier de police, l'irrégularité de la perquisition n'entraîne pas la nullité du procès-verbal (1).

(1) Cass. 22 juillet 1808. — Cass. 24 janv. 1818. — Cass. 1^{er} fév. 1822. — Cass. 12 juin 1829, etc.

Au contraire si les gardes champêtres ou forestiers, agents des douanes, etc., non assistés d'un officier de police, ont pénétré dans le domicile d'un citoyen sans son consentement, malgré son opposition, ou en obtenant ce consentement par violence, fraude ou dol, le procès-verbal est nul et ne peut faire foi du délit ou de contravention qu'il constate (1).

Le système soutenu par la Cour de Cassation a été fortement attaqué par MM. Legraverend (2) et Mangin (3) dont je partage la manière de voir. Ne serait-ce pas, en effet, frustrer les citoyens de la garantie que la loi leur accorde, si on validait le procès-verbal d'une visite domiciliaire faite illégalement, sous le seul prétexte qu'il n'y a pas eu de protestation formelle et constatée de la part du propriétaire contre l'envahissement de son domicile. Celui qui a laissé pénétrer chez lui des agents de l'autorité, ne jouit pas d'une liberté suffisante pour que son silence puisse être considéré comme un renoncement à la protection que la loi voulait qu'il trouvât dans la présence de l'officier public dont les agents du fisc, les gar-

(1) Rouen : 25 mai 1821. — Cass. 10 avril 1823. — Cass. 21 avril 1864, etc.

(2) Lagreverend : *Inst. crim. t. II*, p. 231.

(3) Mangin : *Traité des procès-verbaux* n° 18.

des forestiers, les gardes champêtres, devaient être accompagnés.

L'illégalité d'une perquisition faite contrairement aux prescriptions formelles de la loi frappe de nullité tous les actes qui ont été faits au cours de cette perquisition.

L'assistance d'un officier public n'est pas seulement comme l'a dit la Cour de Cassation, une simple mesure de police qui n'a pour objet que de protéger la sûreté individuelle et domiciliaire ; cette assistance ouvre l'entrée du domicile et peut seule donner à la perquisition son caractère légal.

Si les gardes champêtres et forestiers, les préposés des contributions indirectes et des douanes, avaient requis avant de procéder à une visite domiciliaire, l'assistance de l'officier public que la loi désigne, et si celui-ci refusait son concours, ils ne pourraient, ainsi que le dit M. Mangin (1), procéder sans lui à la visite domiciliaire contre le gré du propriétaire. » Sans doute, dit M. Faustin « Hélie, il ne doit pas dépendre d'un fonctionnaire d'arrêter une poursuite par son refus de concours, et ce fonctionnaire doit être puni ; mais il ne faut pas non plus que sous prétexte

(1) — Mangin : traité des procès-verbaux, p. 36.

« de ce refus, les agents puissent s'introduire
« arbitrairement dans la maison des citoyens,
« contre la volonté de ceux-ci » (2).

Dans ce cas les agents devront constater le refus du fonctionnaire qu'ils ont requis, dresser un procès-verbal de ce refus, qu'ils adresseront à leur chef hiérarchique, qui en rendra compte au procureur de la République près le tribunal de première instance. (Arg. loi 1^{er} août 1827, — art. 482).

La loi du 25 avril 1832, a ajouté, à propos de la pénalité nouvelle qu'elle édicte en matière de violation de domicile par abus d'autorité, ces mots : *sans préjudice de l'application du second paragraphe de l'article 114*. Cette disposition n'a pas été admise sans difficulté lors de la discussion qui eut lieu à la Chambre des députés le 5 décembre 1831.

L'article 114 punit de la dégradation civique tout fonctionnaire, agents ou préposés du Gouvernement qui aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution.

Le deuxième paragraphe de cet article est ainsi conçu : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par

(2) Faustin-Hélie : inst. crim., t. III, p. 253.

« ordre de ses supérieurs pour des objets du res-
« sort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû
« obéissance hiérarchique, il sera exempt de la
« peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée
« seulement aux supérieurs qui auront donné
« l'ordre. »

Deux sortes d'objections furent présentées contre la disposition additionnelle de l'article 184 qui renvoyait au second paragraphe de l'article 114.

« Jamais, disait M. Dulong, un fonctionnaire
» supérieur ne donnera à un subalterne l'ordre
» de s'introduire dans le domicile d'un citoyen
« sans remplir les formalités légales ; par consé-
« quent c'est celui qui s'y sera introduit, sans
« avoir rempli les formalités, qui deviendra pas-
« sible des peines portées par le Code pénal. Il
« faut donc laisser aux tribunaux le soin de s'as-
« surer si le subalterne a commis un délit prévu
« par la loi. »

Le rapporteur répondit à cette objection, que l'addition du second paragraphe de l'article 114 à l'article 184 avait pour objet d'empêcher qu'un fonctionnaire inférieur discute les ordres qui lui seraient donnés par son supérieur et refuse d'y obéir sous prétexte que sa responsabilité personnelle est engagée.

Une seconde objection fut présentée par

M. Mauguin qui pensait que cette disposition ne se trouvait pas à sa place, et qu'il n'y aurait lieu de la discuter que lors de la présentation du projet de loi annoncé par la Charte de 1830 sur la responsabilité des agents du pouvoir. « Quand un « fait illégal, dit-il, a lieu de la part d'un fonctionnaire inférieur, il y a deux choses à examiner : il faut savoir si l'illégalité vient de lui seul ou si elle vient du fonctionnaire supérieur qui lui a donné des ordres. Quand l'illégalité vient du fonctionnaire subalterne seul, il est seul punissable ; quand elle vient du fonctionnaire supérieur, je soutiens qu'il y a deux délits : d'abord le délit de celui qui a donné l'ordre, et le délit de celui qui l'a exécuté. Jamais, dans la hiérarchie administrative ou judiciaire, un fonctionnaire subalterne ne peut se justifier aux yeux de la loi en disant : J'ai obéi aux ordres que j'ai reçus. — C'est parce que le fonctionnaire inférieur est passible d'une peine pour son infraction à la loi que les citoyens peuvent avoir une garantie. »

On a répondu à cette objection : « Nous ne soutenons pas la doctrine de l'obéissance passive. « Nous ne disons pas que les fonctionnaires sont toujours à l'abri de toute responsabilité derrière des ordres supérieurs ; nous disons au contraire

« qu'ils ne doivent obéissance, qu'ils ne sont
« dégagés de la responsabilité que pour les objets
« qui sont du ressort hiérarchique. Mais s'ils
« justifient qu'ils ont agi par ordre des supérieurs
« auxquels ils devaient obéissance, la responsabi-
« lité retombe sur le fonctionnaire supérieur. Ce
« que nous voulons éviter, c'est d'empêcher que
« les inférieurs ne désobéissent aux supérieurs
« pour l'exécution d'ordres légaux. »

C'est à la suite de cette réponse que fut adoptée la disposition finale du premier paragraphe de l'art. 184.

Ainsi donc, si un fonctionnaire accusé de violation de domicile prouve, qu'il n'a agi que par ordre de ses supérieurs hiérarchiques auxquels il devait obéissance, et que l'ordre qu'il a exécuté était du ressort de ceux-ci, sa responsabilité personnelle est dégagée, si pour sa part il a rempli les formalités que la loi prescrivait. Le supérieur qui aura donné l'ordre illégal sera seul responsable et encourra la peine de l'art. 184.

Peut-on résister par la violence à l'introduction illégale des agents de l'autorité dans le domicile d'un citoyen ? L'irrégularité des formes employées par les agents de l'autorité ou l'illégalité de l'ordre dont ils sont porteurs détruisent-elle la rébellion ?

Cette question présente une grande difficulté et

a fait naître au sein de la jurisprudence un dissentiment qui n'est pas encore aplani. Il y a une scission complète entre la Cour de Cassation et un grand nombre de Cours d'Appel.

« Toute attaque, dit l'art. 209 du Code pénal,
« toute résistance avec violence et voies de fait
« envers les officiers ministériels, les gardes-
« champêtres ou forestiers, la force publique,
« les préposés à la perception des taxes et des con-
« tributions, les porteurs de contraintes, les pré-
« posés des douanes ; les séquestrés, les officiers
« ou agents de la police administrative ou judi-
« ciaire, agissant pour l'exécution des lois, des or-
« dres ou ordonnances de l'autorité publique, des
« mandats de justice ou jugements, est qualifiée
« selon les circonstances, crime ou délit de rébel-
« lion. »

En principe, il y a présomption que les agents de l'autorité agissent légalement, toutes les fois qu'ils agissent en vertu d'un ordre ou d'une ordonnance de l'autorité publique, d'un mandat de justice ou d'un jugement. « La présomption légale
« est, dit la Cour de Cassation, que les chefs et
« agents de la force armée nommés pour le main-
« tien des lois, les respectent et n'agissent que
« conformément à ces lois (1) ».

(1) Cass. 3 sept. 1824 (D. 1824 — 1 — 403) ; Cass. 15 juillet 1826 ;
Cass. 26 déc. 1839 ; Cass. 17 août 1849 ; Cass. 22 août 1866, etc.

Mais y aura-t-il crime ou délit de rébellion, si la résistance ou les violences opposées aux agents de l'autorité n'ont eu pour objet, que de s'opposer à l'exécution d'un ordre de l'autorité publique ou d'un mandat de justice dont l'illégalité ou l'irrégularité était dûment établie ? Autrement dit peut-on résister par la force aux abus de pouvoir des agents de l'autorité ?

La Cour de Cassation pose en principe que l'illégalité d'un acte ne peut en aucun cas, autoriser un particulier à s'y opposer avec violences ou voies de fait. « L'article 209 du Code pénal, dit-elle, qualifie rébellion toute résistance avec violence et voies de fait envers les officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire, agissant pour l'exécution des lois et des ordres ou ordonnances de l'autorité publique. Cet article ne subordonne pas l'existence du délit au plus ou moins de régularité avec laquelle les officiers publics ont procédé. Les particuliers n'ont pas le droit de se constituer juges des fonctionnaires publics, à l'effet de s'autoriser à résister avec violence et voies de fait à l'exécution des actes de l'autorité publique. L'irrégularité de l'opération pourrait seulement motiver une

« prise à partie ou une poursuite contre les auteurs (1) ».

Ainsi donc d'après le système de la Cour de Cassation tout citoyen est tenu d'obéir immédiatement et sans la moindre résistance aux ordres émanés de l'autorité publique, quand même ces ordres seraient illégaux ou exécutés irrégulièrement, sauf son recours contre ceux qui en ont la responsabilité.

Dans un autre système, que nous préférons et qui est généralement suivi par les Cours d'appels, on admet en principe que la résistance, même avec voies de fait à un acte illégal, doit être considérée comme un cas de légitime défense et ne saurait présenter les caractères d'une rébellion.

C'est ainsi que la Cour de Bourges a jugé qu'il n'y avait pas rébellion dans le fait d'un individu d'avoir résisté par la force aux injonctions illégales d'un agent de police, qui s'était permis, sans aucun ordre de l'autorité compétente de s'introduire dans son domicile.

La Cour de Riom et la Cour de Nîmes, ont également jugé qu'il n'y avait pas de rébellion dans la résistance avec violences à des gendarmes qui

(1) Cass. 22 août 1867 (D. 68 — 1 — 286) ; Cass. 14 avril 1820 ; Cass. 5 janv. 1821.

s'étaient introduits la nuit dans le domicile d'un citoyen, « attendu, dit l'arrêt de la Cour de Riom, « que les gendarmes ne pouvaient être considérés « comme agissant légalement dans l'ordre de leurs « fonctions, et que la résistance à un acte illégal « cesse d'être un délit (1).

La Cour de Toulouse s'est prononcée dans le même sens relativement à un cas de résistance avec voies de fait, opposée à des gendarmes qui s'étaient introduits la nuit dans la maison d'un conscrit pour l'arrêter (2).

La Cour de Lyon a aussi consacré le droit de résistance dans une espèce où un huissier et deux gendarmes voulaient procéder à l'exécution d'un jugement prononçant la contrainte par corps, dans le domicile du débiteur et sans l'assistance du juge paix (3).

Le droit de résistance aux actes illégaux de l'autorité publique remonte au temps les plus anciens. La loi romaine reconnaissait ce droit ainsi qu'il résulte de la loi 5 au Code (*de jure fisci*). Farinacius, veut que la résistance contre les abus de pouvoir soit imposée à tous les citoyens : « *Priva-*

(1) Riom, 4 janv. 1827 (jour. du P. 1827, p. 16) ; Nîmes, 21 nov. 1826 (jour. du P. 1826, p. 931).

(2) Toulouse, 23 fév. 1826 (jour. du P. 1826, p. 204).

(3) Lyon, 10 juin 1824 (jour. du P. 1824, p. 782).

« *tus non solùm impune est resistere officiali,*
« *cùm aliquid facit contrà jura, imo quod punia-*
« *tur si non résistit* (1) ».

Cette doctrine était enseignée dans notre ancien droit : « Il y a quelques cas, dit Jousse, où il est
« permis à celui que l'on veut emprisonner de
« faire résistance ; et cela a lieu principalement
« lorsque celui qui veut arrêter est sans carac-
« tère, ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les
« marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est
« porteur d'un mandement ou décret d'un juge
« sans caractère, ou qu'il a excédé son pouvoir,
« ou qu'il n'a point observé les formes de justice.
« En effet, cette résistance est plutôt une défense
« légitime qu'une rébellion. Ainsi, il est permis à
« celui qu'on veut arrêter injustement, non seu-
« lement à résister, mais encore d'appeler ses
« amis et ses voisins à son secours pour l'aider à
« se défendre (2) ».

La résistance à un ordre illégal ne saurait être considérée comme subversive de tout ordre, comme un outrage à la loi elle-même ainsi que le prétend la Cour de Cassation. Non, l'ordre n'est point intéressé à soutenir les abus des agents du pou-

(1) Farinacius, quaest. 131, n° 88.

(2) Jousse, Traité des mat. crim. t. IV, p. 79.

voir ; la loi n'est point outragée parce que les agents chargés de l'exécuter sont méconnus, quand ils méconnaissent eux-mêmes leur mission. Certes, la Cour de Cassation a eu raison d'admettre en principe que la présomption de légalité est en faveur des agents de l'autorité ; mais il ne faut pas pousser ce principe à l'extrême et en forcer les conséquences. J'admets que toutes les fois qu'un agent du pouvoir agit en vertu d'un titre exécutoire, d'un mandat de justice ou d'un jugement, l'irrégularité qui vient à entacher ses opérations ou le titre lui-même ne peut excuser une résistance active. « Si l'irrégularité enlève au citoyen quelques-unes de ses garanties, il peut demander la réparation par les lois légales (1) ».

Mais si un citoyen se trouve en face d'un excès de pouvoir, d'une violation flagrante d'un droit, comme par exemple l'introduction de nuit dans son domicile pour y faire une perquisition ou pour l'arrêter. Dans ce cas l'illégalité commise par l'agent de l'autorité est tellement flagrante que la résistance doit être considérée comme un droit, comme un acte de légitime défense.

« Cette résistance, dit M. Faustin Hélie, n'est qu'une opposition de la force à la force, un acte

(1) M. Faustin Hélie : Théorie du Cod. pén., p. 98.

« de légitime défense ; car l'acte que commet l'a-
« gent en dehors de ses fonctions, dès qu'il n'est
« plus l'exécution de la loi ou d'un ordre de l'au-
« torité publique, n'est plus qu'un acte de force
« matérielle (1) ».

(1) M. Faustin Hélie : Théorie du Cod. pén. p. 99.

CHAPITRE V

VIOLATION DE DOMICILE DE LA PART DE SIMPLES PARTICULIERS.

La loi du 28 avril 1832 est venue combler une lacune du Code pénal en ajoutant à l'article 184 un second paragraphe ainsi conçu : « Tout individu qui se sera introduit, à l'aide de menaces ou de violences, dans le domicile d'un citoyen, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs ».

Le Code pénal en ne punissant la violation de domicile que lorsqu'elle était le résultat d'un abus d'autorité de la part d'un fonctionnaire, avait oublié que ce délit pouvait aussi être commis par un simple particulier.

Dans la violation de domicile par un simple particulier, nous trouvons les mêmes éléments constitutifs du délit que lorsque cette violation a lieu

par abus d'autorité, sauf la différence qu'un simple particulier n'a pu commettre un abus d'autorité et se prévaloir de sa qualité d'agent du pouvoir. Cette condition a été remplacée par une autre équivalente, l'emploi de *menaces* ou *violences*.

Pour qu'il y ait violation de domicile de la part d'un simple particulier, il faut :

1° Introduction dans le domicile d'un citoyen ;

2° Que cette introduction ait eu lieu contre le gré du propriétaire ;

3° Enfin qu'elle ait eu lieu à l'aide de menaces ou violences.

L'interprétation du mot *violences* a été l'occasion d'une vive controverse qui a divisé un instant la jurisprudence.

La Cour de Chambéry a jugé que pour qu'il y eut *violences* dans le sens de l'article 184 et que ces violences pussent être considérées comme un des éléments constitutifs du délit de violation de domicile, il fallait qu'elles fussent dirigées directement ou indirectement contre les personnes, et que dans la langue juridique, cette expression ne saurait être confondue avec la voie de fait, qui peut avoir pour objet une chose aussi bien qu'une personne (1).

(1) Chambéry : 28 février 1867 (S. 1867 — 2 — 345).

Cette interprétation restrictive du mot *violences* n'a guère été admise par la jurisprudence, ainsi qu'il résulte de nombreux arrêts, parmi lesquels nous trouvons même un arrêt de la Cour de Chambéry qui répudie sa première interprétation.

L'expression *violences* de l'article 184 est pris dans un sens générique, et s'entend non pas seulement de violences envers les personnes, mais encore de tout moyen violent employé pour surmonter les obstacles matériels qui s'opposent à l'introduction dans le domicile d'autrui. En restreignant aux violences exercées sur les personnes une des conditions constitutives du délit de violation de domicile, on laisserait impunies les atteintes les plus sérieuses portées à l'inviolabilité du domicile. Si on admettait cette interprétation restrictive du mot *violences*, il faudrait dire qu'en l'absence du propriétaire ou du locataire, il ne pourrait jamais y avoir de violation de domicile, même après les plus grands dégâts matériels commis tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la maison. Les actes les plus graves entrepris contre le domicile échapperaient à une répression efficace. Une pareille interprétation répugne à l'esprit de l'article 184 du Code pénal, et il est impossible de supposer une pareille lacune dans la loi.

L'expression *violence* doit être prise dans le sens le plus large et le plus générique et l'on peut reconnaître le caractère de violence dans le sens de l'art. 184 C. pén., dans tout acte anormal où une force, un moyen quelconque, a été employé pour vaincre les obstacles matériels qui, par la volonté du propriétaire ou du locataire, s'opposaient à l'introduction.

En conséquence, la loi ne distinguant pas entre les violences exercées sur les personnes et les violences exercées sur les choses, tout individu qui se serait introduit dans le domicile d'un citoyen par un moyen violent quelconque, en escaladant une fenêtre, en forçant une porte, en brisant une clôture, commet le délit de violation de domicile et tombe sous l'application de l'art. 184 du C. pén. (1).

Le mot *domicile* dont se sert l'art. 184, doit également être entendu dans un sens très large. Ce mot sert à désigner non-seulement le logement et toutes ses parties, mais encore les meubles qui y sont contenus. Il suit de là que le fait d'ouvrir à l'aide de crochets des meubles qui contiennent les secrets de la vie privée ou de famille, constitue

(1) Angers, 24 oct. 1856 (D. 1857, 2, 48). — Rennes, 15 mars 1871 (S. 1873, 2, 183). — Amiens, 11 janv. 1873 (D. 1873, 1, 156). — Chambéry, 4 nov. 1873 (D. 1879, 5, 442).

une atteinte violente à l'inviolabilité du domicile. L'auteur d'un pareil acte tombe donc sous la répression de l'art. 184 du C. pén. (1).

Mais un simple particulier ne se rend coupable du délit de violation de domicile que lorsqu'il pénètre dans le domicile d'autrui à l'aide de menaces ou de violences contre les personnes ou contre les clôtures de la maison. En conséquence, le particulier qui s'introduit dans l'habitation d'un citoyen et y reste contre la volonté de ce dernier, sans employer la force ne commet pas le délit de violation de domicile (2).

La violation de domicile commise par un simple particulier entraîne un emprisonnement de six jours à trois mois et une amende de seize francs à deux cents francs.

L'art. 276 du C. pén., vient encore en quelque sorte apporter dans un cas spécial une nouvelle garantie au principe de l'inviolabilité du domicile.

« Tous mendiants, dit-il, même invalides, qui
 « auront usé de menaces ou seront entrés, sans
 « permission du propriétaire ou des personnes de
 « sa maison, soit dans une habitation, soit dans
 « un enclos en dépendant,..... seront punis d'un
 « emprisonnement de six mois à deux ans. »

(1) Paris, 22 juin 1849 (D. 1851, 2. 214).

(2) Caen, 10 juillet 1878 (D. 79, 2. 209).

CHAPITRE VI

RESTRICTIONS APPORTÉES A L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE PAR L'ÉTAT DE SIÈGE

Quand la patrie est en danger ; quand l'action ordinaire des lois exercée par leurs organes habituels ne suffit plus à assurer la paix publique et le respect de tous les droits ; quand la guerre est déchaînée soit à l'intérieur, soit à l'extérieur, on comprend facilement que les lois ordinaires, impuissantes à défendre la société menacée dans son existence doivent être suspendues. Chacun doit faire abnégation de soi-même, de ses droits et de ses libertés, dans l'intérêt du salut commun, afin de rendre plus libre et plus vigoureuse la défense générale. *Salus populi suprema lex esto*, disait Cicéron.

Dans ces circonstances graves, chaque citoyen ne doit pas hésiter à sacrifier la jouissance des

droits et des garanties politiques établis par la Constitution, si le salut public en dépend.

Ce sont ces considérations qui peuvent seules justifier notre législation sur l'état de siège et sur les restrictions qu'elle apporte aux droits des citoyens, en les privant dans une certaine mesure des garanties qui leur sont assurées par la Constitution.

Le droit de déclarer l'état de siège, qui sous le premier et le second empire et sous la monarchie, appartenait au chef de l'Etat, appartient aujourd'hui, en principe, aux Chambres seules. C'est là une garantie sérieuse contre les abus de l'état de siège dont on a déjà eu à souffrir plusieurs fois.

L'état de siège, qui en fait constitue une véritable dictature, instituée provisoirement dans un but de sécurité et de salut public, ne doit pas être une menace, une arme pouvant servir à un parti politique, un moyen, d'oppression. Que ce soit une dictature, mais une dictature parlementaire et législative, exercée par les élus du suffrage universel, par la société tout entière représentée par ses élus. C'est ce qu'ont compris les législateurs de 1849 et de 1878 en confiant en principe au pouvoir législatif seul, le droit de déclarer l'état de siège. Ce ne peut être qu'exceptionnellement que ce droit peut appartenir au pouvoir exécutif, lorsque cela

est absolument nécessaire, en cas d'urgence, sous certaines conditions et moyennant certaines garanties telles, que ce droit ne puisse plus constituer un danger pour la Nation et constituer un péril politique.

La loi de 1878 pose donc en principe : « qu'une loi peut seule déclarer l'état de siège. » Cette loi doit en outre désigner les communes, les arrondissements ou départements auxquels l'état de siège s'applique et elle doit fixer le temps de sa durée. A l'expiration de ce temps, l'état de siège cesse de plein droit, à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets. (L. 3 avril 1878, art. 1^{er}).

Toutefois en cas d'ajournement ou de prorogation des Chambres, on a dû admettre le droit pour le Président de la République de déclarer l'état de siège, de l'avis du conseil des ministres, si par suite d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée, la République était en danger. Dans ce cas, les Chambres se réunissent de plein droit deux jours après pour se prononcer sur le maintien ou la levée de l'état de siège.

Si la Chambre des députés était dissoute, le Président de la République ne pourrait déclarer l'état de siège avant l'accomplissement entier des opérations électorales, à moins que la déclaration de l'état de siège ne soit nécessitée par un péril

imminent résultant d'une guerre étrangère. Dans ce cas, les collèges électoraux devraient être convoqués et les Chambres se réuniraient dans le plus bref délai possible.

Pour que l'état de siège soit prononcé ou maintenu, il faut un accord complet entre les deux Chambres. Si elles n'étaient pas d'accord, l'état de siège ne pourrait être déclaré ou s'il avait déjà été déclaré, il serait levé de plein droit.

En Algérie, l'état de siège en principe ne peut être déclaré comme en France que par une loi ou un décret présidentiel en l'absence des Chambres ; mais par exception, on a admis qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée et dans le cas où les communications seraient interrompues avec la France, le gouvernement pourrait déclarer tout ou partie de l'Algérie en état de siège.

Dans les colonies françaises, la déclaration de l'état de siège peut aussi être faite par le gouverneur de la colonie ; mais il doit en rendre compte immédiatement au gouvernement qui lève l'état de siège s'il ne lui paraît pas utile, ou en propose le maintien aux Chambres.

L'état de siège, qui, ainsi que nous l'avons déjà dit, est une véritable dictature temporaire, a pour effet de suspendre les droits les plus essentiels et

les plus sacrés de l'homme et du citoyen. L'autorité peut alors faire des perquisitions de jour et de nuit chez les citoyens, opérer des saisies, suspendre la publicité des journaux, et arrêter pour ainsi dire dans le pays toute activité, toute liberté légitimes. Tous les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent en entier à l'autorité militaire.

Nous n'avons ici à nous occuper des effets de l'état de siège qu'autant qu'ils portent atteinte à l'invioiabilité du domicile des citoyens.

L'art. 9 de la loi de 1849 porte, qu'en cas d'état de siège, « l'autorité militaire a le droit de faire « des perquisitions de jour et de nuit, dans le do- « micile des citoyens. »

Cet article est pour ainsi dire la négation absolue du principe de l'invioiabilité du domicile ; il autorise l'autorité militaire à pénétrer soit de jour, soit de nuit, dans la maison de tout citoyen, sous le moindre prétexte, pour y faire des perquisitions. En un mot, l'état de siège emporte suspension de toutes les lois qui ont pour but de sauvegarder le principe de l'invioiabilité du domicile et de protéger les citoyens contre l'introduction arbitraire et non motivée des agents de l'autorité dans leur demeure.

Ce pouvoir exorbitant de l'autorité militaire

de faire des perquisitions de jour et de nuit dans la maison des citoyens a soulevé quelques critiques lors de la discussion de la loi. M. Soubies voulant protéger les citoyens contre les excès qui sont toujours à craindre de la part d'agents subalternes, lorsqu'ils sont chargés de procéder à une visite domiciliaire, proposa d'ajouter à la suite du 1^{er} paragraphe de l'art. 9 que les perquisitions devraient être commandées par un officier. « L'inviolabilité du domicile, disait-il, est fondée sur l'intérêt de la famille, sur l'intérêt de la propriété, sur l'intérêt de la morale, sur le respect de la pudeur. Voulez-vous, citoyens, qu'un caporal aille de nuit et de jour visiter même les chambres de vos femmes et de vos filles ? » Mais M. Dufaure, ministre de l'intérieur, vint soutenir fermement le droit pour le commandant de l'état de siège, de faire exécuter, sous sa responsabilité, même par un caporal, les perquisitions qu'il jugeait nécessaires. L'amendement de M. Soubies fut repoussé.

De l'état de siège effectif.

Nous avons parlé de l'état de siège politique pouvant s'appliquer aux villes ouvertes, à un ou plusieurs départements. Il nous reste à parler de

l'état de siège effectif ou propre aux places de guerre.

Les places de guerre peuvent être considérées sous trois rapports : En état de paix, en état de guerre, en état de siège.

Dans l'état de paix, l'autorité civile et l'autorité militaire conservent, chacune, les attributions qui lui sont propres ; toutefois l'autorité militaire doit obtempérer aux réquisitions de l'autorité civile, lorsque l'intervention des troupes est jugée nécessaire pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public et pour assurer l'exécution des lois. (D. 1883, art. 175 et 177).

Dans l'état de guerre, qui résulte de la publication dans la place, de l'ordre de mobilisation, ordonnée en vertu d'une loi ou d'un décret, l'autorité civile conserve toutes ses attributions ; toutefois l'autorité civile ne peut rendre aucune ordonnance de police sans s'être entendue avec le gouverneur, ni refuser de prendre les arrêtés que celui-ci juge nécessaires à la sûreté de la place. (D. 1883, art. 190).

Dans l'état de guerre, toutes les lois qui ont pour objet de garantir aux citoyens l'inviolabilité de leur domicile doivent être observées comme dans l'état de paix, et tout agent de l'autorité soit civile, soit militaire qui pénétrerait dans la maison

d'un citoyen contre le gré de celui-ci hors des cas prévus par la loi et sans observer les formalités qu'elles prescrit, commettrait le délit de violation de domicile et encourrait la peine édictée par l'art. 183 du Code pénal.

Quant à l'*état de siège* dans les places de guerre ou postes militaires outre qu'il peut être déclaré par une loi ou par un décret conformément aux dispositions de la loi du 3 avril 1878, il peut aussi être déclaré par le commandant militaire de la place dans les cas suivants :

1° L'investissement de la place ou d'un poste par les troupes ennemies qui interceptent les communications du dehors en dedans et du dedans en dehors ;

2° Attaque de vive force ou par surprise ;

3° Sédition intérieure, de nature à compromettre la sécurité de la place ;

4° Enfin lorsque des rassemblements armés se sont formés dans un rayon de dix kilomètres sans l'autorisation des magistrats.

Le ministre de la guerre est immédiatement informé.

Si le Président de la République ne croit pas qu'il y ait lieu de lever l'état de siège, il en propose sans délai le maintien aux Chambres (art. 6 D. 1883, art. 201 ; L. 1849).

Les effets de l'état de siège dans les places de guerre, relativement à l'invioiabilité du domicile sont les mêmes que ceux dont nous avons parlé plus haut à propos de l'état de siège politique. L'autorité militaire a un droit absolu d'exercer des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens.

CHAPITRE VII

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

§ I, — Belgique.

Le domicile est inviolable, dit la Constitution belge ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi, et dans les formes qu'elle prescrit.

Le principe de l'inviolabilité du domicile a été sanctionné en Belgique par les art. 148, et 439 à 442 du Code pénal.

La violation du domicile peut être le fait d'un fonctionnaire public ou d'un simple particulier. Les conditions ne sont pas identiques dans ces deux cas.

I. — *Violation de domicile par un fonctionnaire public.* — Art. 148 : « Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier

« de justice ou de police, tout commandant ou
« agent de la force publique, qui, agissant en
« cette qualité, se sera introduit dans le domicile
« d'un *habitant* contre le gré de celui-ci, hors les
« cas prévus et sans les formalités prescrites par
« la loi, sera puni d'un emprisonnement de huit
« jours à six mois et d'une amende de vingt-six à
« deux cents francs. »

Cet article est conçu à peu près dans les mêmes termes que notre article 184 Code pénal. Nous y voyons cependant, quelques légères modifications, qui ont eu pour effet de rendre la loi plus précise et de trancher quelques questions prêtant à controverse.

C'est ainsi que la loi belge en employant le mot *habitant* à la place du mot *citoyen*, a résolu la question de savoir si le domicile des étrangers résidant en Belgique était inviolable comme celui de tous les Belges.

Pour qu'il y ait violation de domicile, il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire ait employé la force, il suffit pour l'existence du délit, qu'il se soit introduit volontairement dans le domicile d'autrui, sachant qu'il ne se trouvait pas dans l'un des cas prévus par la loi, et qu'il soit entré contre le gré de l'habitant, malgré ses protestations.

Il serait trop long d'examiner les cas dans les-

quels la loi autorise les visites domiciliaires. Qu'il nous suffise de savoir que la loi belge est à ce sujet presque exactement semblable à la nôtre.

II. — Violation de domicile par un particulier.

— Le Code de 1810 ne prévoyait pas les violations de domicile commises par de simples particuliers. C'était là une lacune qui fut comblée par la loi de révision de 1832, qui ajouta à l'article 184 un second paragraphe punissant la violation de domicile de la part d'un particulier, si cette violation avait eu lieu à l'aide de menaces ou de violences.

Aujourd'hui, cette question est traitée d'une façon plus complète et plus minutieuse par les art. 439, 440, 441 et 442 du Code pénal belge.

Article 439 : « Sera puni d'un emprisonnement
« de quinze jours à deux ans et d'une amende de
« vingt-six francs à trois cents francs, celui qui,
« *sans ordre de l'autorité et hors les cas où la loi*
« *permet d'entrer dans le domicile des particu-*
« *liers contre leur volonté*, se sera introduit dans
« une maison, un appartement, une chambre ou
« un logement habités par autrui, où leurs dépen-
« dances soit à l'aide de menaces ou de violences
« contre les personnes, soit au moyen d'effraction,
« d'escalade ou de fausses clefs. »

Je ne m'explique pas très bien ces mots : *sans ordre de l'autorité et hors les cas où la loi per-*

met d'entrer dans le domicile. Il n'existe aucune loi qui permette à un particulier de pénétrer dans le domicile d'un autre particulier malgré lui : « Une pareille loi ne peut pas exister, dit M. Nypels, car elle serait la négation du principe constitutionnel de l'inviolabilité du domicile. Des motifs d'intérêt général peuvent obliger le législateur à déroger, en certains cas, à ce principe, mais alors ce sont nécessairement les agents de l'autorité, les fonctionnaires publics seuls qui peuvent être autorisés à pénétrer dans le domicile du particulier, contre la volonté de celui-ci. Ce droit exceptionnel ne peut jamais appartenir à un simple particulier ».

Ces mots sont donc de trop; car ils laissent supposer qu'il existe des cas où il serait permis à un particulier par la loi ou par un membre de l'autorité publique de s'introduire dans le domicile d'un autre particulier, contre le gré de celui-ci. Rien de tel n'existe.

La loi belge en employant les mots : *soit à l'aide de menaces ou de violences contre les personnes, soit au moyen d'effraction, d'escalade ou de fausses clefs*, a évité la controverse qui s'était élevée à propos du deuxième paragraphe de notre article 184 Code pénal. On ne peut pas soutenir comme chez nous que la violation de domicile de la

part d'un simple particulier, n'existe en tant que délit, que s'il y a eu emploi de violences *contre les personnes*, les violences *contre les choses* (effraction, escalade) ne suffisant pas.

L'article 440 vient renforcer la peine qui peut frapper l'auteur d'une violation de domicile, si cette violation a été commise avec certaines circonstances aggravantes. « L'emprisonnement sera de six mois à cinq ans et l'amende de cent francs à cinq cents francs, si le fait a été commis, soit sur un faux ordre de l'autorité publique, soit avec le costume, soit sous le nom d'un de ses agents, soit avec la réunion des trois circonstances suivantes :

Si le fait a été exécuté la nuit :

S'il a été exécuté par deux ou plusieurs personnes ;

Si les coupables ou l'un d'eux étaient porteurs d'armes.

Les coupables pourront, en outre, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 33, et placés, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, sous la surveillance spéciale de la police. »

La loi Belge punit même la tentative du délit de violation de domicile, s'il y a eu un commencement d'exécution interrompu par suite de circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de

l'auteur. C'est ce qui résulte de l'article 441 :

« La tentative du délit prévu par l'article précédent sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs. »

L'article 442 vise un nouveau cas de violation de domicile qu'il a paru utile de réprimer. C'est le fait de celui qui s'introduit furtivement la nuit dans une maison habitée, ou bien qui y est trouvé la nuit après s'y être furtivement introduit sans effraction, escalade ou fausses clefs. Il y avait là un danger pour la tranquillité des familles et un trouble réel qui ne pouvait rester impuni.

Article 442 : « Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de vingt-six francs à trois cents francs, celui qui se sera introduit, sans le consentement du propriétaire ou du locataire, dans les lieux désignés à l'art. 439, et y aura été trouvé la nuit. »

Nous voyons donc par tout ce qui précède que le principe de l'inviolabilité du domicile proclamé dans la constitution belge trouve un appui sérieux dans les sanctions de la loi. La Belgique n'a donc rien à nous envier à ce point de vue et il est même à regretter que notre loi ne soit pas aussi précise que la loi belge pour la répression du délit de violation de domicile.

§ 2. — Pays-Bas.

Nul, dit la Constitution des Pays-Bas, ne peut pénétrer dans le domicile d'un habitant contre son gré, si ce n'est en vertu d'un pouvoir déclaré compétent à cet effet par la loi, et dans les formes y indiquées.

Cette disposition constitutionnelle a été sanctionnée par l'article 370 du Code pénal qui punit d'un emprisonnement d'un an ou d'une amende de trois cents florins au plus, tout fonctionnaire qui illégalement ou sans observer les formalités prescrites par la loi, pénétreraient dans l'habitation, l'enceinte ou l'enclos d'un particulier, contre la volonté de celui-ci, ou qui, s'y trouvant illégalement, ne se retirerait pas immédiatement, lorsqu'il en est requis par le propriétaire ou son représentant.

Hors le cas de flagrant délit aucune visite domiciliaire ne peut être faite sans l'autorisation du tribunal d'arrondissement, à moins qu'il n'y ait urgence, auquel cas le juge-commissaire peut s'il en est requis par l'officier de justice, sans obtenir l'autorisation préalable du tribunal, faire une perquisition : 1° dans la maison du prévenu ; 2° dans la

maison où l'infraction a été commise ; 3° dans les auberges, cabarets et autres lieux publics. Mais dans tous les cas de visite domiciliaire même autorisée par le tribunal, il faut une autorisation expresse du tribunal pour que le juge-commissaire puisse prendre connaissance des écrits, registres et autres papiers, et les saisir.

Les visites domiciliaires doivent en principe être faites par le juge-commissaire en présence de l'officier de justice (officier du ministère public). En cas d'empêchement, le juge-commissaire peut être remplacé par le juge de canton et l'officier du ministère public par le bourgmestre.

Cette obligation d'obtenir en principe l'autorisation du tribunal pour procéder à une visite domiciliaire, n'est-elle pas une des garanties les plus efficace que puisse trouver l'inviolabilité du domicile ?

N'est-ce pas là, la meilleure garantie qu'on puisse accorder aux citoyens contre l'abus des visites domiciliaires. N'est-ce pas leur donner en quelque sorte l'assurance qu'elles n'auront lieu que lorsque la nécessité en sera absolument établie.

En cas de flagrant délit, on s'est montré plus large pour les perquisitions. Toutefois les agents de police ne peuvent pénétrer dans le domicile d'un citoyen qu'avec l'assistance soit du juge du can-

ton, soit du commissaire de police, soit du bourgmestre du lieu, ou de celui qui le remplace.

De même en cas de flagrant délit, l'officier de justice peut commencer l'instruction et faire une perquisition tant dans la demeure de l'inculpé que dans les auberges, cafés et autres lieux publics, sans qu'il lui soit nécessaire d'attendre l'arrivée du juge-commissaire ; mais il devra se faire assister par le juge de canton ou à son défaut par le bourgmestre ou celui qui le remplace.

Il devra faire informer immédiatement le juge-commissaire qui à son arrivée prendra en main l'instruction.

En matière civile, l'exécution des jugements est confiée aux huissiers. L'huissier qui veut opérer une saisie mobilière, devra, si les portes de la maison où il veut saisir sont fermées et si on refuse de les lui ouvrir, se requérir l'assistance du bourgmestre ou de celui qui le remplace ou bien du commissaire de police délégué à cet effet par le bourgmestre. L'ouverture des portes pourra alors se faire en présence de ces fonctionnaires.

S'agit-il pour un huissier d'arrêter un débiteur contraignable par corps dans son domicile ou dans une autre maison particulière, il lui faut encore l'assistance du juge de canton dans la commune où celui-ci a son domicile, et dans les autres com-

munes, du bourgmestre ou de celui qui le remplace.

Le Code pénal des Pays-Bas punit également la violation de domicile de la part d'un simple particulier.

Celui qui pénètre illégalement, dit l'art. 138, dans l'habitation ou dans l'enceinte ou l'enclos dont un autre a l'usage, ou qui s'y trouvant illégalement, ne s'éloigne pas de suite, à la réquisition faite par l'ayant-droit ou de sa part, est puni d'un emprisonnement de six mois ou d'une amende de trois cents florins au plus.

Si l'introduction a eu lieu par effraction ou escalade, ou à l'aide de fausses clefs, d'un faux ordre ou d'un faux costume, ou bien la nuit; s'il y a eu menace, la peine sera d'un an d'emprisonnement au plus (1).

§ 3. — Angleterre

Nulle part la liberté individuelle et le domicile des citoyens n'ont été si respectés qu'en Angleterre. Ce respect a même été poussé si loin qu'on a pu dire avec lord Chatam que la maison de tout

(1) Voir Laferrière: const. europ. p. 314, Code de proc. pén. néerland, Code pén. néerland.

citoyen était une véritable forteresse d'où l'homme le plus pauvre pouvait braver toutes les forces de la couronne. Toutefois comme chez nous il a paru nécessaire d'apporter quelques restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile, qui, s'il était appliqué d'une façon absolue, pourrait entraîner des conséquences funestes et constituerait un danger pour la société. C'est ainsi que dans l'intérêt de la recherche et de la répression des crimes et délits, on a dû permettre aux agents de l'autorité de pénétrer dans le domicile des citoyens, moyennant certaines formalités prescrites par la loi et ayant pour effet de garantir chaque particulier contre le danger de visites domiciliaires arbitraires.

Les visites domiciliaires, en effet, ne doivent être ordonnées que dans le cas de nécessité absolue.

En Angleterre comme chez nous et peut-être même plus que chez nous, le domicile des citoyens est inviolable pendant la nuit. Les visites domiciliaires ne peuvent jamais avoir lieu pendant la nuit si ce n'est en cas d'urgence, dans les maisons mal famées (1).

Pendant le jour, dans l'intérêt de la justice criminelle, qui sans cela serait continuellement entra-

(1) Laferrière : les constit. d'Europe et d'Amérique.

vée dans son exercice, des perquisitions peuvent être faites au domicile des citoyens en vertu d'un mandat de perquisition (*search warrant*) délivré par un magistrat. Ce mandat ou *warrant* doit être spécial et contenir une désignation claire et exacte des lieux qui doivent être visités, et cela à peine de nullité. C'est ainsi qu'un *warrant* ordonnant des perquisitions dans toute l'étendue d'un district devrait être considéré comme illégal et de nul effet (1).

Les agents du pouvoir peuvent aussi lorsqu'ils sont munis d'un mandat d'arrêt (*warrant of arrest*) pénétrer dans une maison particulière, pour y opérer l'arrestation de la personne contre qui est lancé ce mandat et qu'ils sauraient réfugiée dans cette maison. Mais dans ce cas comme dans celui où il s'agit de procéder à une visite domiciliaire, les officiers de police devront avant de pénétrer dans la maison d'un particulier qui refuse de les laisser entrer, faire connaître leur qualité et le titre en vertu duquel ils requièrent leur introduction. Ces formalités étant remplies, si on refuse de leur ouvrir, la loi leur accorde le droit de faire enfoncer les portes de la maison.

Un criminaliste anglais, Coke, a soutenu qu'un

(1) Bathie : droit public et adm., t. II, p. 86.

mandat d'arrêt d'un juge de paix, délivré sur un léger soupçon et avant la rédaction de l'acte d'accusation, n'autorisait pas le constable chargé de son exécution de faire enfoncer les portes d'une maison pour s'emparer de l'inculpé ; mais cette opinion très respectueuse de l'inviolabilité du domicile n'a pas prévalu dans la pratique.

En cas de flagrant délit, lorsque le coupable poursuivi par un constable se réfugie dans une maison particulière, le constable peut également y pénétrer à sa suite pour l'arrêter quoiqu'il n'ait pas de mandat ; même dans ce cas il pourrait faire enfoncer les portes de la maison, si on lui en refusait l'entrée. Cette dérogation au principe de l'inviolabilité du domicile, se comprend par l'intérêt qu'il y a à ne pas laisser échapper le coupable et à s'emparer de lui immédiatement. La loi attache même une si grande importance à la capture du coupable, qu'elle autorise à le tuer s'il n'y a pas d'autre moyen d'empêcher son évasion. Toutefois c'est là un moyen dont on ne doit user qu'à la dernière extrémité (1).

En matière civile, les Anglais ont poussé le respect du domicile jusqu'à l'exagération. Il est alors vrai de dire que la maison de tout citoyen est réel-

(1) Glasson : *Inst. de l'Angleterre*, t. VI, p. 742.

lement une forteresse (*a castle*) où nul ne peut pénétrer sans l'autorisation du propriétaire. S'agit-il de faire exécuter un jugement civil, d'opérer une saisie mobilière, d'arrêter un débiteur contraignable par corps, il ne sera pas possible pour l'officier chargé de l'exécution du jugement de pénétrer dans la maison du débiteur si la porte extérieure est fermée. On a présenté plusieurs raisons pour justifier cette règle trop respectueuse du principe de l'inviolabilité du domicile. « S'il
« n'en était pas ainsi, disait lord Mansfield, il y
« aurait danger pour les familles qui seraient
« exposées aux tentatives des voleurs. Il est pré-
« férable pour exécuter un jugement civil d'at-
« tendre une occasion opportune plutôt que d'avoir
« recours à des violences qui ne peuvent être
« commises qu'aux prix de conséquences dange-
« reuses. »

Coke nous donne une raison différente de celle qui nous est donnée par lord Mansfield : « La loi,
« dit-il, n'admet pas le bris de la porte extérieure
« d'une maison d'habitation à cause des domma-
« ges et des inconvénients qui pourraient en ré-
« sulter pour le propriétaire qui peut ne pas avoir
« de faute à se reprocher, car il n'a peut être pas
« eu connaissance, du procès, et l'on doit présumer
« que s'il en avait eu connaissance, il obéirait et

« ne s'osposerait pas à l'exécution du jugement. »

Toutefois dans la pratique, en présence des difficultés suscitées par cette disposition de la loi, on a essayé d'en restreindre l'étendue. On a interprété la loi dans un sens plus étroit et l'on a admis qu'il n'y aurait pas violation de domicile proprement dite, si on n'avait pas contrevenu directement à la lettre même de la loi ; autrement dit, si l'officier chargé, par exemple, de l'exécution d'un jugement civil, n'avait pas pénétré par la violence dans la maison de celui contre lequel il était chargé d'instrumenter. Avait-il simplement employé la ruse ; était-il entré par une fenêtre ouverte, il avait agi légalement. Citons à ce sujet un fait qui nous est rapporté par M. Paterson, dans ses commentaires sur la liberté individuelle. « Dans un cas déterminé, nous dit-il, des baillis avaient attendu le jour pour essayer de pénétrer dans la maison d'un débiteur contraignable par corps. Enfin ayant aperçus une fenêtre ouverte à l'étage supérieure, un des baillis alla chercher une échelle qu'il appliqua contre la fenêtre avec l'intention de pénétrer dans l'intérieur et de saisir adroitement le débiteur. Mais la fille du débiteur, ayant découvert la ruse, essaya naturellement, comme c'était son devoir, de fermer la fenêtre. Une lutte s'ensuivit pendant laquelle le débiteur

lui-même vint au secours de sa fille. Une vitre s'étant brisée, le bailli avec beaucoup d'à-propos parvint à passer sa main à travers le carreau brisé et toucha le débiteur en disant : « Vous êtes mon prisonnier. » Il descendit aussitôt de son échelle, enfonça la porte extérieure de la maison s'empara de son débiteur et le conduisit en prison. Les tribunaux anglais devant qui l'affaire fut portée en 1858, jugèrent en première instance et en appel que le bailli n'avait pas outrepassé son droit ; car il fut établi que ce n'était pas le bailli qui avait brisé la vitre et qu'ainsi il avait le droit de profiter de l'ouverture pour toucher le débiteur. Or l'action de toucher constitue aux yeux de la loi anglaise une arrestation légale et complète.

Supposons maintenant qu'un bailli, chargé d'exécuter un jugement civil ait pu pénétrer dans la maison d'un débiteur sans employer la violence et sans forcer la porte extérieure de la maison. Dans ce cas il peut faire ouvrir toutes les portes intérieures et même les faire enfoncer si on refuse de les lui ouvrir. Ce qui constitue, en effet, la violation de domicile, c'est l'introduction dans la maison contre la volonté de celui qui l'habite. Une fois donc entré dans la maison, rien ne s'oppose à ce que le bailli exécute le jugement dont il

a l'exécution et qu'il fasse ouvrir dans ce but toutes les pièces de la maison et tous les meubles où il peut avoir des objets à saisir.

La violation de domicile est considérée comme un crime en Angleterre et l'auteur qu'il soit fonctionnaire public ou simple particulier peut être poursuivi directement devant le jury et encourir la peine édictée par la loi sur l'*habeas corpus*.

On admet encore en Angleterre le droit de rébellion contre tout agent de l'autorité qui tenterait de pénétrer illégalement dans le domicile d'un particulier. La loi vous permet de repousser par la force toute introduction illégale et autorise même à tuer l'auteur de cette introduction si l'on est impuissant à le repousser.

Celui-là qui est victime d'une violation de domicile peut également appeler à son secours ses voisins pour l'aider à repousser par la force les auteurs de la violation dont il ne peut repousser seul l'agression.

§ IV. — États-Unis.

Le principe de l'inviolabilité du domicile a été proclamé par deux amendements à la Constitution des États-Unis.

L'un a pour but de protéger les citoyens contre

les prétentions arbitraires de l'autorité militaire, qui a souvent abusé du droit de faire loger les soldats chez l'habitant, en temps de paix. Ce droit peut être une source d'abus et un danger pour la liberté individuelle et pour le principe qui fait de la maison de tout homme un asile inviolable. Nous avons un exemple dans notre histoire des vexations auxquelles peut donner lieu un pareil droit et nous ne pouvons oublier combien fut odieux le système des dragonnades sous Louis XIV. Un pareil danger n'est plus à craindre aux États-Unis, ainsi qu'il résulte du troisième amendement à la Constitution conçu en ces termes : « Aucun
« soldat ne sera, en temps de paix, logé dans une
« maison, sans le consentement du propriétaire ;
« ni en temps de guerre, si ce n'est de la manière
« qui sera prescrite par la loi. »

Le quatrième amendement est la reconnaissance et la consécration des deux grands principes de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile.

« Le droit qu'ont les citoyens de jouir de la
« sûreté de leurs personnes, de leur domicile, de
« leurs papiers et effets, à l'abri des recherches et
« saisies déraisonnables, ne pourra être violé ;
« aucun mandat ne sera émis, si ce n'est d'après
« des présomptions sérieuses, corroborées par le

« serment ou l'affirmation, et ces mandats devront
« contenir la désignation spéciale du lieu où les
« perquisitions devront être faites et des personnes
« ou objets à saisir (1) ».

Malgré la faveur dont jouit le principe de l'inviolabilité du domicile aux États-Unis, on a dû cependant y apporter quelques restrictions nécessaires, notamment au point de vue de la recherche et de la répression des crimes et délits et de l'exécution des jugements criminels.

Les officiers de police peuvent pénétrer dans les maisons des citoyens pour y exercer des visites domiciliaires ou pour y opérer l'arrestation d'un prévenu ou d'un condamné ; mais il leur faut dans ce cas un *warrant* ou mandat de perquisition délivré par l'autorité judiciaire. Ce mandat doit être spécial, c'est-à-dire contenir la désignation du lieu où les perquisitions devront être faites et des personnes ou objets à saisir. L'officier de police chargé de l'exécution de ce mandat devra l'exhiber pour se faire ouvrir la porte extérieure de la maison, et si alors on lui en refuse l'ouverture, il pourra la faire enfoncer.

(1) M. Laferrière : Comt. d'Eur. et d'Amer. — Story : Droit public, p. 478.

En cas de flagrant délit, les officiers de police peuvent même pénétrer de vive force dans une maison sans être munis d'un *warrant*, pour prévenir la consommation d'un crime qui va se commettre ou arrêter l'auteur du crime ou délit flagrant. « Quand une rixe, dit Chitty, se passe dans
« une maison à la vue d'un constable, ou vient
« seulement à ses oreilles, il peut enfoncer la
« porte de la rue dans le but de la faire cesser. De
« même dans quelques cas extrêmes on a tenu
« pour légal, même pour un simple particulier,
« l'acte d'enfoncer une porte et de pénétrer dans
« la maison d'un autre individu dans le but de
« l'empêcher d'assassiner une personne qui appelle
« au secours. » (1)

Cependant on admet que le bris de la porte extérieure d'une maison d'habitation n'est pas légal, même pour un officier de police, s'il s'agit de l'arrestation à l'intérieur, de personnes simplement engagées dans une partie de jeu illégale ou de la vente de liqueurs énivrantes, sans licence (2)

« Lorsque, dit Hawkins, ceux qui se sont livrés
« à une rixe, en présence d'un officier de police,
« s'enfuient dans une maison, et qu'ils sont immé-

(1) Chitty: — crim. law, 52-53.

(2) Bishop: — Criminal procedure.

« diatement poursuivis par lui, s'il ne lui est pas
« donné permission d'y entrer pour arrêter les
« coupables, il peut enfoncer la porte. » (1)

Lorsque un individu ayant été arrêté par des officiers de police, s'échappe de leurs mains et se réfugie dans une maison, les officiers de police le poursuivant peuvent entrer dans la maison où il a trouvé un refuge et enfoncer la porte de cette maison si on leur en refuse l'entrée. C'est là une application du droit de suite.

La violation de domicile, c'est-à-dire l'introduction illégale dans la maison d'un particulier soit de la part des agents de l'autorité, soit de la part de simples particuliers peut être repoussé par la force.

Le citoyen dont on viole la maison peut même appeler à son secours des amis et des voisins pour repousser l'agression dont il est victime. De plus, il peut poursuivre directement devant les tribunaux répressifs les auteurs de cette violation de domicile.

Comme on le voit donc la législation des Etats-Unis est à peu près identique à la législation anglaise quant à ce qui touche le principe de l'inviolabilité du domicile. La maison d'habitation de tout citoyen est considérée comme une forteresse

(1) Hawkins: — P. C. c. 14 et 8.

(*a castle*) où nul ne peut pénétrer sans le consentement du propriétaire. Comme en Angleterre, ce principe est appliqué d'une façon très rigoureuse et très absolue, surtout en matière civile.

Aux Etats-Unis comme en Angleterre, il est interdit de pénétrer par la violence dans la maison d'un citoyen, pour l'exécution d'un jugement civil, lorsque la porte extérieure est fermée.

§ 5. — Allemagne.

En Allemagne la demeure privée de tout citoyen est en principe inviolable et nul ne peut y pénétrer que suivant les formes et dans les cas prévus par la loi.

La sanction du principe de l'inviolabilité du domicile se trouve dans les articles 123 et 342 du Code pénal allemand.

Article 123 : « Sera puni d'un emprisonnement
« de trois mois au plus ou d'une amende de cent
« thalers au plus, celui qui, sans droit et avec
« violence, se sera introduit dans une habitation
« ou établissement commercial, ou une propriété
« close appartenant à autrui, ou dans un lieu clos
« affecté à un service public, ou qui, s'y trouvant
« sans droit, ne se sera pas retiré sur la somma-
« tion qui lui aura été faite. »

Article 342 : « Tout fonctionnaire qui, dans
« l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses
« fonctions, aura commis une violation de domi-
« cile (art. 123), sera puni de l'emprisonnement
« pendant un an au plus ou d'une amende de trois
« cents thalers au plus ».

D'après l'ancien Code prussien, le maximum de la peine en cas de violation de domicile n'était que de deux mois d'emprisonnement.

Comme partout nous trouvons en Allemagne des restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile au point de vue de la recherche et de la répression des crimes et délits et de l'exécution des jugements.

Le Code de procédure pénale allemand accorde au juge le droit d'ordonner des perquisitions dans les maisons des particuliers soupçonnés d'avoir commis un crime, un délit ou même une simple contravention, comme auteurs, complices ou recéleurs non seulement dans le but de procéder à leur arrestation ; mais encore lorsqu'il y a lieu de supposer que cette perquisition peut amener la découverte de moyens de preuve.

Dans les maisons des personnes non soupçonnées d'être les auteurs ou les complices du délit dont on poursuit l'instruction, les perquisitions ne peuvent avoir lieu que s'il existe des faits susceptibles de

faire présumer que la personne recherchée ou des pièces à conviction se trouvent dans leur domicile.

Pendant la nuit, le droit de perquisition est beaucoup plus restreint. C'est ainsi, qu'aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu dans les maisons d'habitation, les locaux affectés aux affaires et les domaines clos, si ce n'est en cas de flagrant délit ou lorsqu'il y a péril en la demeure, ou enfin lorsqu'il s'agit d'arrêter un prisonnier évadé.

Il y a cependant quelques exceptions à cette règle pour une certaine catégorie d'habitations qui sont soumises aux visites domiciliaires même pendant la nuit. Ce sont : les maisons habitées par des personnes placées sous la surveillance de la police ; les lieux dont l'entrée est publique la nuit, tels que les hôtels et les auberges ; les lieux qui sont connus de la police comme servant de lieu de refuge ou de rendez-vous à des personnes déjà condamnées, ou comme servant de dépôt pour les objets acquis à l'aide de moyens coupables ; enfin les maisons de jeu clandestines ou de débauche.

La nuit légale s'étend à partir du 1^{er} avril jusqu'au 30 septembre, de neuf heures du soir à quatre heures du matin, et, depuis le 1^{er} octobre jusqu'au 31 mars, de neuf heures du soir à six heures du matin.

Le pouvoir d'ordonner les perquisitions appartient en principe au juge seul ; mais exceptionnellement il appartient également au ministère public et aux officiers de police et de sûreté, lorsqu'il y a péril en la demeure.

Lorsque, une perquisition a lieu dans une maison d'habitation, dans des locaux affectés aux affaires ou dans un domaine clos hors la présence du juge ou du procureur d'État, celui qui en est chargé, par exemple le procureur de bailliage ou l'officier de police devra se faire assister, autant que faire se peut, d'un fonctionnaire municipal ou de deux habitants de la commune.

On admet toutefois en raison de la défaveur dont jouissent certaines maisons dont nous avons parlé plus haut (demeures des individus placés sous la surveillance de la police, lieux publics, maisons de jeu et de débauche, etc.), et pour faciliter l'action de la police et le maintien du bon ordre, que même les agents inférieurs du service de police et de sûreté peuvent y procéder seul, de jour ou de nuit, à des perquisitions, lorsqu'il s'agit de la recherche d'un fait punissable.

Le propriétaire des lieux où se fait la perquisition a droit d'assister à l'opération ; mais il peut être mis en état d'arrestation s'il trouble les opérations ou met obstacle aux recherches.

Si le propriétaire est absent, on doit, si c'est possible, inviter à assister à la perquisition, son représentant et à son défaut un membre adulte de sa famille, un habitant de la maison ou un voisin.

En matière civile, l'exécution des jugements est confiée aux huissiers qui sont autorisés à pratiquer des perquisitions dans l'habitation et dans les meubles du débiteur. Il peut se faire ouvrir les portes des maisons et des chambres, et les meubles, dans la mesure nécessaire à l'exécution du jugement.

Si l'huissier rencontre de la résistance, il a le droit d'employer la force et de se faire assister à cet effet par des agents de police.

Toutefois, aucun acte d'exécution ne peut être fait pendant la nuit, ni les dimanches et jours de fête qu'avec l'autorisation du juge de bailliage dans le ressort duquel cet acte doit être accompli.

Nous trouvons les mêmes dispositions dans le Code français, sauf cette différence que le juge français ne peut jamais autoriser aucun acte d'exécution de jugement pendant la nuit.

Au fond nous trouvons peu de différences, au point de vue de l'application du principe de l'inviolabilité du domicile entre la législation allemande et la nôtre. Nous voyons à peu près les mêmes garanties apportées dans l'une et l'autre légis-

lation. Cependant au point de vue de l'inviolabilité du domicile, la nuit, notre législation semble plus libérale et n'admet pas toutes les restrictions qu'y ont apportées les Allemands (1).

Nous pouvons aussi rapprocher de la législation allemande, au point de vue de l'inviolabilité du domicile, la législation autrichienne qui, à part quelques légères différences de détail a suivi les mêmes principes. Ce que nous venons de dire pour l'Allemagne peut donc s'appliquer pour ainsi dire à l'Autriche.

§ 6. — Italie.

Le domicile est inviolable, dit la Constitution italienne. Nulle visite domiciliaire ne peut avoir lieu si ce n'est en vertu de la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Cette disposition a été sanctionnée par les art. 205 et 206 du Code pénal.

L'art. 205 vise le cas où la violation de domicile serait le fait d'un fonctionnaire de l'ordre judiciaire ou administratif, d'un agent de la force publique ou de sûreté, ou de toute autre personne légalement chargée d'un service public, qui, en la qualité que lui donnent ses fonctions, se serait

(1) Voir Code pén. all. (art. 123 et 342). Code proc. pén. all. (104 et suiv.). Code proc. civ. all., bulletin législ. comp. 1879, p. 393.

introduite dans le domicile d'un particulier hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle prescrit. Cette violation de domicile est punie d'un emprisonnement d'un an au maximum et d'une amende de trois cents livres au plus.

Si le fonctionnaire qui a violé le domicile d'un citoyen, n'agit que par ordre de ses supérieurs hiérarchiques auxquels il doit obéissance, il n'en court pas la peine dont sont seuls passibles, dans ce cas, les supérieurs qui ont donné l'ordre.

L'art. 206 du Code pénal frappe de la même peine la violation de domicile de la part de simples particuliers, qui d'une manière insidieuse, ou à l'aide de voies de fait ou de menaces, se seraient introduits, sans aucun droit, dans la maison d'autrui, malgré la volonté de ceux qui l'habitent.

Dans la législation italienne comme partout, on a admis des restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile. C'est ainsi que le Juge d'instruction italien peut s'introduire dans le domicile des citoyens pour y faire les perquisitions qu'il juge opportunes.

Toutefois ce droit de visite domiciliaire ne peut guère être exercé en principe que pendant le jour. La nuit le domicile des citoyens doit recevoir une protection plus grande et son repos doit être respecté.

Le juge d'instruction, d'après l'art. 142 c. proc. pén. ne peut pénétrer pendant la nuit dans le domicile d'un citoyen, pour y faire une perquisition. Le temps de nuit est réglé ainsi qu'il suit : Du 1^{er} octobre au 31 mars, de cinq heures du soir à sept heures du matin ; du 1^{er} avril au 30 septembre, de huit heures du soir à cinq heures du matin.

Cependant ajoute l'art. 142 le juge d'instruction pourrait pénétrer même au milieu de la nuit dans le domicile d'un citoyen, s'il pense qu'il y a péril imminent dans le retard pour la recherche des preuves.

Cette disposition dont les magistrats italiens n'usent évidemment qu'avec une excessive réserve, présente le grand inconvénient de laisser à ces magistrats une latitude trop complète dont ils pourraient abuser. Notre loi française est préférable à ce point de vue et a mieux compris le respect dû au domicile des citoyens, qui devient un sanctuaire inviolable pendant la nuit.

§ 7. — Espagne

La Constitution espagnole de 1876, art. 6, nous dit : que nul ne peut entrer dans le domicile d'un Espagnol ou d'un étranger résidant en Espagne, sans son consentement, excepté dans les cas et

suivant les formalités prévues par les lois. Les perquisitions domiciliaires se feront toujours en présence de l'intéressé, ou d'un membre de sa famille, ou, à son défaut, de deux témoins voisins de l'intéressé.

En Espagne, le respect du domicile privé est observé d'une façon absolue. Le Code pénal (art. 299) punit de la peine de la suspension et d'une amende de 10 à 100 duros tout fonctionnaire public qui abuserait de ses fonctions pour violer le domicile d'un particulier en dehors des cas et des formes prescrits par la loi.

Tout individu, dit l'art. 414, c. pén., qui entrerait dans le domicile d'un tiers contre la volonté de celui qui y demeure sera puni de l'arrêt majeur et d'une amende de 10 à 100 duros. Si le fait est exécuté avec violence ou intimidation, les peines seront la prison correctionnelle et une amende de 10 à 100 duros.

Toutefois on ne considérerait pas comme constituant le délit de violation de domicile le fait de celui qui entrerait dans la maison d'autrui, pour se mettre à l'abri d'un mal grave, ou pour l'éviter aux habitants de la maison ou à un tiers ou bien pour rendre service à l'humanité ou à la justice.

La législation espagnole s'est montrée très respectueuse du principe de l'inviolabilité du domi-

cile pendant la nuit. Elle n'autorise que dans un certain nombre de cas fort restreints le droit de pénétrer la nuit dans la maison d'un particulier. Elle va même plus loin que nous dans l'observation du principe, en ordonnant au magistrat qui opère des perquisitions pendant la journée, de s'arrêter dès que la nuit est venue, si l'inculpé n'autorise pas la suite des opérations judiciaires (1).

(1) Voir Dareste, *Constit. modernes*, cod. pén. espagn., cod. inst. crim. esp.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Dans le droit romain ancien, la stipulation de peine fut nécessaire dans les obligations ayant pour objet un *facere* ou un *non facere*.

II. — La stipulation de peine n'était pas à Rome, par sa nature, une convention anticipée de dommages-intérêts.

III. — La stipulation de peine dans la forme « Pamphilum dare spondes ? Si Pamphilum non dederis centum dare spondes ? » n'est pas une stipulation accessoire.

IV. — Le juge ne peut, excepté dans les obligations de somme d'argent, réduire le montant de la peine encourue pour cause d'inexécution de l'obligation première, sous prétexte qu'elle est supérieure au préjudice souffert par le créancier.

V. — Dans les stipulations, la condition s'interprète d'après l'intention des parties contractantes.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. — Le fou pouvait être donné en adoption ; mais il ne pouvait être adrogé.

II. — La folie n'était pas toujours une cause d'exclusion de la tutelle ou de la curatelle.

III. — La prohibition de la restitution anticipée de la dot par le mari ne repose pas sur le principe de la prohibition des donations entre époux.

IV. — Dans les actions dites « *adjectitiæ qualitatis* », il n'y a pas de corréalité entre le préposant et le préposé.

DROIT FRANÇAIS**POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE**

I. — Les officiers de police peuvent pénétrer la nuit, dans les lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques, pour y prendre connaissance des désordres ou contraventions, lorsque ces établissements sont encore ouverts au public.

II. — Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction ne peut déléguer son droit de perquisition à un juge de paix ou à tout autre officier de police judiciaire.

III. — Les préfets dans les départements et le préfet de police à Paris, ne peuvent procéder à des visites domiciliaires qu'en cas de flagrant délit.

IV. — Le procès-verbal rédigé à la suite d'une perquisition illégale est nul et ne peut produire aucun effet.

V. — Il n'y a pas rébellion de la part de celui qui a repoussé par la force les agents de l'autorité voulant s'introduire illégalement dans son domicile.

VI. — L'art. 184 du Code pénal protège aussi bien la maison d'un étranger habitant la France, que celle d'un Français.

DROIT CIVIL

I. — L'enfant naturel ne peut être forcé d'accepter ce qui lui est offert par ses parents, conformément à l'art. 761 c. civ., dans le but de l'écarter de leur succession.

II. — L'engagement dans les ordres sacrés n'est pas un empêchement au mariage.

III. — Un testament mystique nul pour inobservation des formalités spéciales à cette espèce de testament vaudra comme testament olographe, s'il satisfait aux conditions de forme prescrites par l'art. 970 c. civ.

IV. — L'individu qui n'a pas de biens présents, ne peut hypothéquer ses biens à venir.

V. — L'insolvabilité d'un débiteur solidaire doit être supportée en partie, non par le débiteur auquel le créancier a fait remise de la solidarité, mais par le créancier lui-même.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le pouvoir législatif doit être divisé en plusieurs branches.

II. — L'Assemblée nationale ne peut réviser d'autres points de la Constitution, que ceux qui ont été déterminés par un vote préalable des deux Chambres.

DROIT COMMERCIAL

I. — La mise en faillite d'un commerçant peut être prononcé sur la poursuite d'un seul créancier.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — Le testament fait à l'étranger par un Français selon les formes de la loi étrangère est valable quelles que soient ces formes.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu par le Président de la thèse,
Ph. JALABERT.

Paris, 21 février 1889.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA NATURE DE LA STIPULATION DE PEINE

	Pages
INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Forme de la stipulation de peine . .	21
CHAPITRE II. — Nature de la stipulation de peine. .	33
§ I. — Exposition et réfutation du système qui voit dans la stipulation de peine un forfait sur les dommages-intérêts	36
§ II. — Exposition du système qui voit dans la stipulation de peine un contrat condi- tionnel accessoire	41
§ III. — La stipulation de peine est un con- trat conditionnel principal	46
CcncLusion	61

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

INTRODUCTION	69
CHAPITRE I. — Principes généraux.	87
CHAPITRE II. — De l'inviolabilité du domicile pendant la nuit et des restrictions qu'elle comporte. . .	91
CHAPITRE III. — De l'inviolabilité du domicile pendant le jour et des restrictions qu'elle comporte. .	107
SECTION I. — Surveillance exercée par les agents de l'autorité pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté.	110
SECTION II. — Recherche des crimes et des délits.	111
§ I. — Droit de perquisition des juges d'instruction.	111
§ II. — Droit de perquisition des Procureurs de la République et de ses auxiliaires, en cas de flagrant délit	133
§ III. — Droit de perquisition des Préfets dans les départements et du Préfet de police à Paris	138
§ IV. — Droit de perquisition des gardes champêtres et forestiers	245
§ V. — Exécution des mandats d'arrêt, dépôt, etc.	147
SECTION III. — Exécution des jugements et condamnations.	149

SECTION IV. — Exécution des lois sur les con-	
tributions publiques	153
§ I. — Impôts directs	153
§ II. — Impôts indirects	155
§ III. — Douanes	160
CHAPITRE IV. — Des peines encourues en cas de	
violation de domicile par abus d'autorité.	165
CHAPITRE V. — Violation de domicile de la part de	
simples particuliers	185
CHAPITRE VI. — Restrictions apportées à l'inviolabi-	
lité du domicile par l'état de siège.	191
CHAPITRE VII. — Législation étrangère	201
§ I. — Belgique	201
§ II. — Pays-Bas.	206
§ III. — Angleterre.	210
§ IV. — Etats-Unis.	217
§ V. — Allemagne.	222
§ VI. — Italie	227
§ VII. — Espagne	229
POSITIONS.	233

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE.
